RECHT UND MACHT

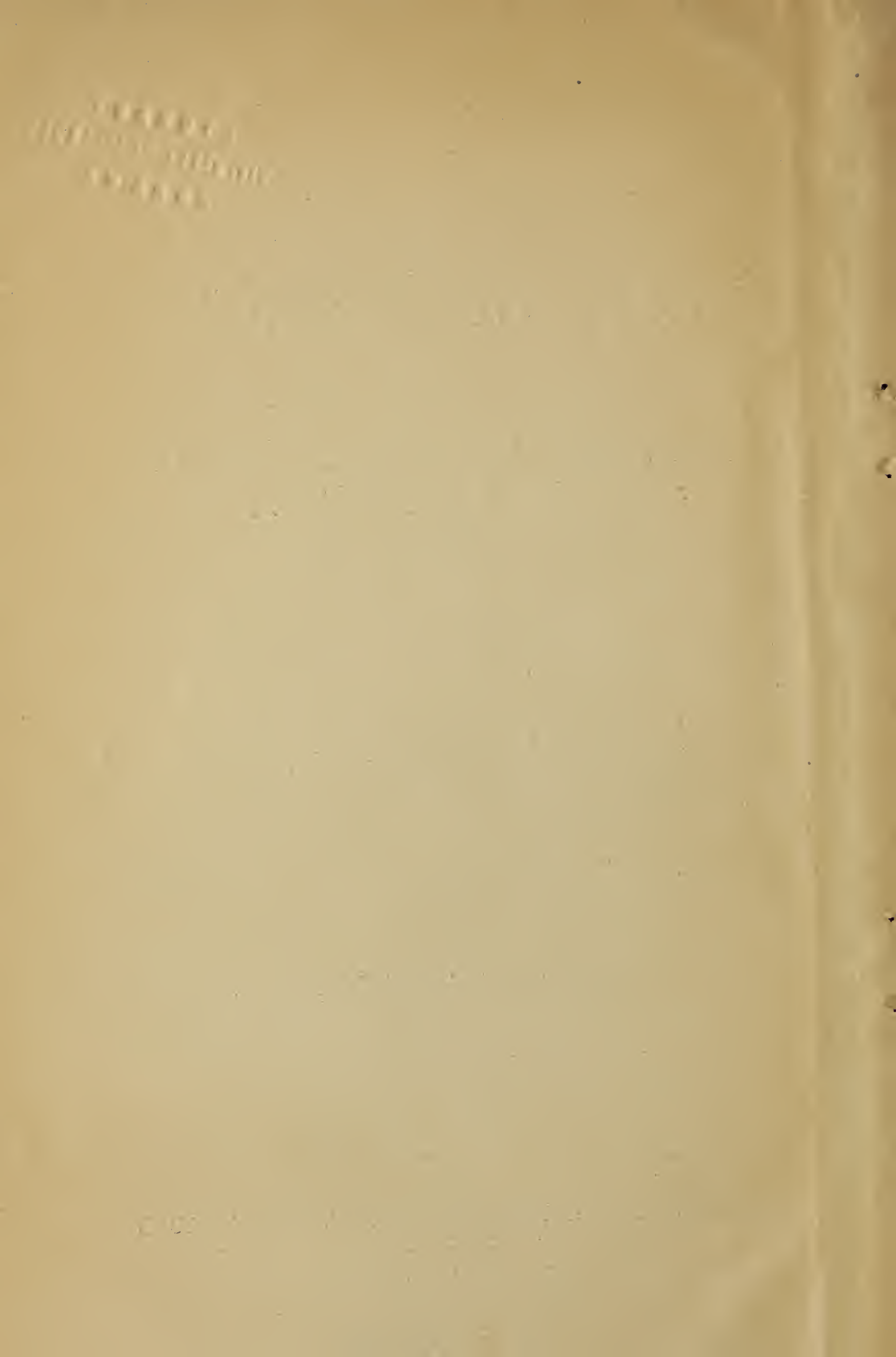
DAS PRINZIP DER VIER ELEMENTE DER GESELLSCHAFT.

Von

DR. ALOIS HEILINGER
Mitglied des österreichischen Abgeordnetenhauses

Zweite unveränderte Auflage.

WIEN.
MANZ'SCHE K. u. K. HOF-VERLAGS- UND UNIV.-BUCHHANDLUNG
1917.



MEINEM TEUEREN LEHRER

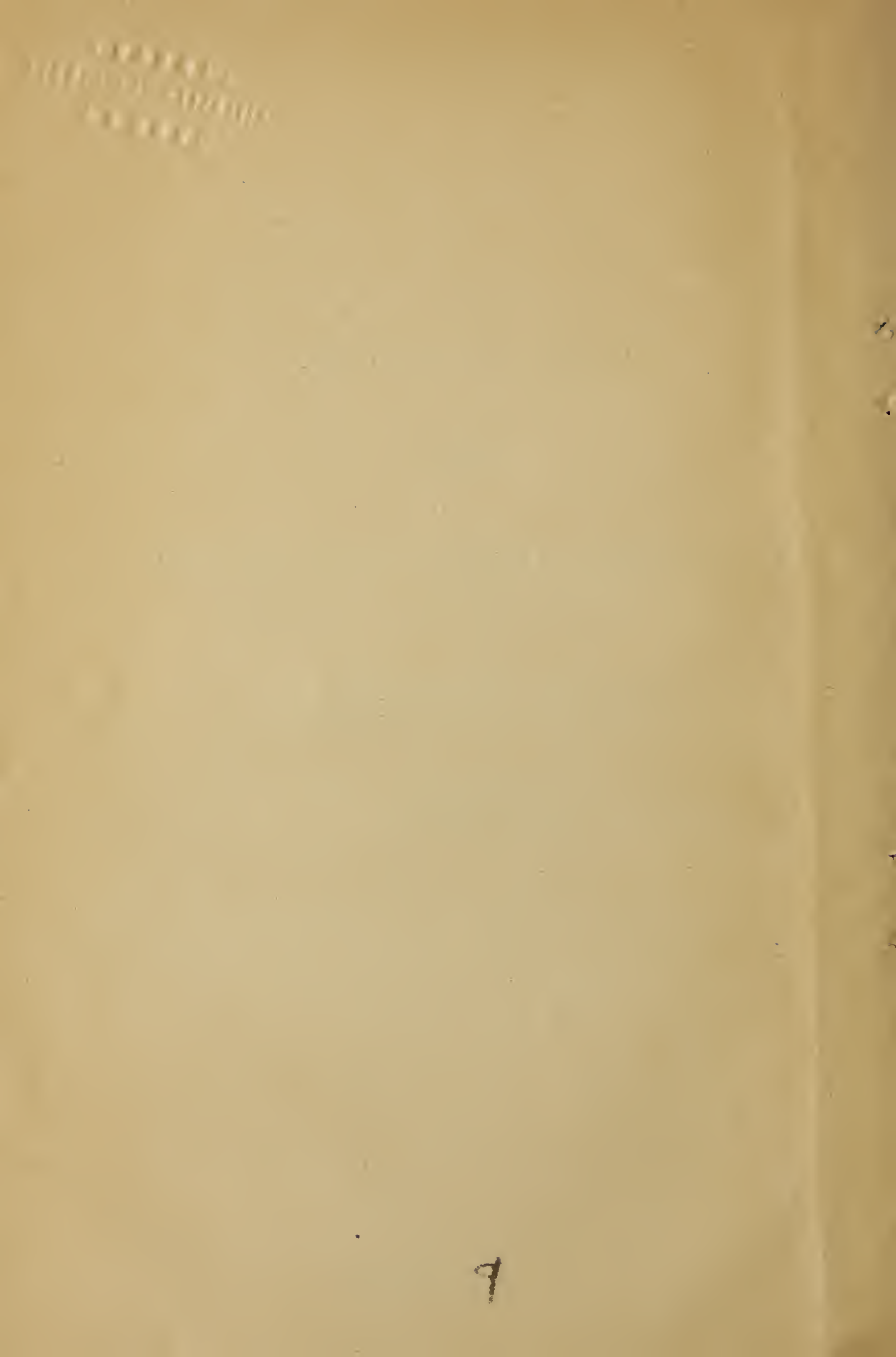
HERRN

DR. JOHANN ADOLF TOMASCHEK

o. ö. Prof. der Rechte an der k. k. Universität Wien

IN DANKBARER ERINNERUNG

GEWIDMET.



THEORIE DES RECHTES

ALS

GESELLSCHAFTLICHE MACHT.

„Die Billigkeit ist das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht jeden Volkes zu streben hat".

Windscheid.



Vorwort.

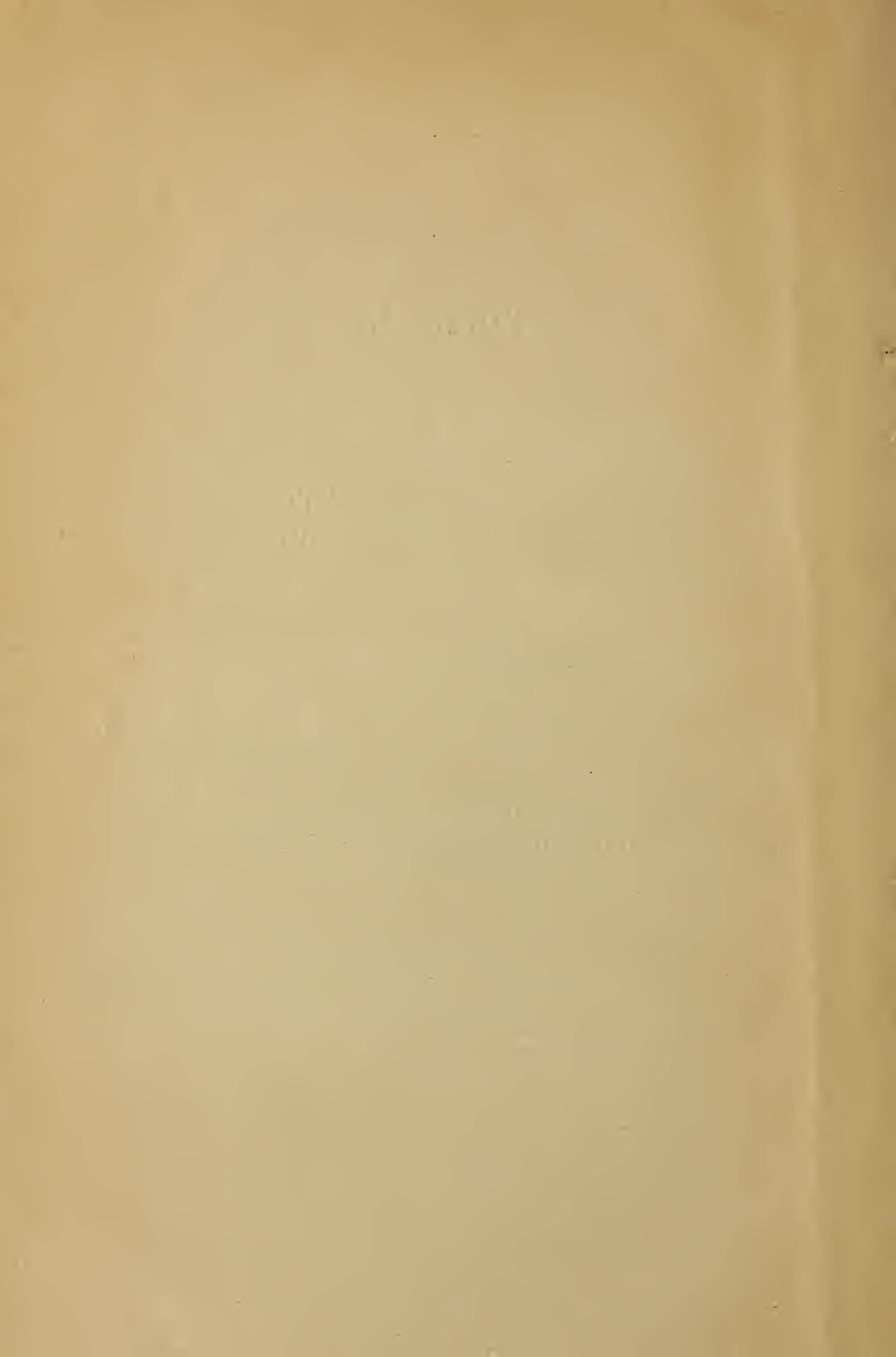
Ich gebe der Hoffnung Raum, dass man von der vorliegenden, insbesondere eine neue Anschauung über das Wesen des Rechtes bietenden Schrift sagen werde, sie suche, frei von jeder Effekthascherei, die reine Wahrheit.*)

Wien, im Dezember 1889

Dr. Alois Heilinger.

---

*) „Gerichtshalle", Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft, redigiert von Dr. Ignaz Pisko, 1887, Nr. 26.



Begleitwort zur zweiten Auflage.

Beim Lesen des vorliegenden Buches kamen mir seinerzeit die Worte meines seligen Lehrers, Hofrates Professor Dr. Heinrich Siegel, in den Sinn, mit welchen er seine Vorlesungen an der Wiener Universität über „Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte" einleitet: „Noch immer streiten sich Juristen und Philosophen um den Begriff des Rechtes". Diese Worte erschienen mir durch dieses Buch überholt.

Fürwahr, es war dem Verfasser von „Recht und Macht" vorbehalten, das innerste Wesen des Rechtes klar zu erfassen [1]), es scharf von der Moral zu trennen [2])

---

[1]) Dr. Leo Munk, „Die Gegenwart", Berlin, 1890, Nr. 29: „Mit der Erklärung, dass Recht gesellschaftliche Macht ist, wird manches Verhältnis ins Klare gestellt, das für unser Erkennen von Wert ist. Sie zieht uns weitab von der herrschenden Theorie. Die neue Ansicht Heilingers in seiner das Wesen des Rechtes streng rechtsphilosophisch untersuchenden Arbeit „Recht und Macht", dass es der Wille der leitenden Kreise ist, welcher das Mass der uns zur Verfügung stehenden Güter bestimmt, gewährt uns einen tiefen Einblick." Vgl. Heilinger, Kritische Studien aus dem Privatrechte, 1887, S. 2 fg.

[2]) Prof. Dr. Bernhard, Zentralblatt für Rechtswissenschaft, herausgegeben von Kirchenheim, IX: „Durch die Anschaulichkeit der Darstellung sowie das Streben, die Tatsachen in ihrer unverhüllten Nacktheit zu schildern, erweist sich Heilin-



Begleitwort zur zweiten Auflage.

Beim Lesen des vorliegenden Buches kamen mir seinerzeit die Worte meines seligen Lehrers, Hofrates Professor Dr. Heinrich Siegel, in den Sinn, mit welchen er seine Vorlesungen an der Wiener Universität über „Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte" einleitet: „Noch immer streiten sich Juristen und Philosophen um den Begriff des Rechtes". Diese Worte erschienen mir durch dieses Buch überholt.

Fürwahr, es war dem Verfasser von „Recht und Macht" vorbehalten, das innerste Wesen des Rechtes klar zu erfassen [1]), es scharf von der Moral zu trennen [2])

---

[1]) Dr. Leo Munk, „Die Gegenwart", Berlin, 1890, Nr. 29: „Mit der Erklärung, dass Recht gesellschaftliche Macht ist, wird manches Verhältnis ins Klare gestellt, das für unser Erkennen von Wert ist. Sie zieht uns weitab von der herrschenden Theorie. Die neue Ansicht Heilingers in seiner das Wesen des Rechtes streng rechtsphilosophisch untersuchenden Arbeit „Recht und Macht", dass es der Wille der leitenden Kreise ist, welcher das Mass der uns zur Verfügung stehenden Güter bestimmt, gewährt uns einen tiefen Einblick." Vgl. Heilinger, Kritische Studien aus dem Privatrechte, 1887, S. 2 fg.

[2]) Prof. Dr. Bernhard, Zentralblatt für Rechtswissenschaft, herausgegeben von Kirchenheim, IX: „Durch die Anschaulichkeit der Darstellung sowie das Streben, die Tatsachen in ihrer unverhüllten Nacktheit zu schildern, erweist sich Heilin-

und in lapidaren Sätzen grosszügig den Begriff des objektiven und subjektiven Rechtes festzustellen.[3]) Gleich beim ersten Erscheinen dieses Buches richtete ein hervorragender Rechtslehrer[4]) an die Juristenwelt die Frage: „Soll Heilingers ‚Recht und Macht' — jedenfalls das Ergebnis eines selbständigen Geistes — mit dem Prinzipe der leitenden Kreise wirklich das Wesen des Rechtes zu erschliessen vermögen?" Und in der Tat: Heilinger zerstörte mit seinem ehernen juristischen Kardinalprinzipe der leitenden Kreise, beziehungsweise mit dem Prinzipe der vier Elemente der Gesellschaft (leitende, gehorchende, widerstrebende und passive Elemente), die bisher herrschende, von Geheimrat Professor Dr. Laband, Archiv für zivilistische Praxis, 52, wohl geistvoll vertretene Legende, dass der durchgreifende Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Rechte darin bestehe, dass ersterem die subjektive Berechtigung, wie sie das Privatrecht kenne, ab-

---

gers „Recht und Macht" als echtes Kind unserer Zeit. Er findet, dass Recht und Moral in der üblichen allgemeinen Rechtslehre vermengt sind und sucht sie zu trennen. Er schildert das Recht als ein reines Ergebnis von Machtfragen und adelt es dadurch, dass er es in den Dienst der Moral und des Gebotes der Nächstenliebe stellt."

[3]) Prof. Dr. Karl Hoffmeister in Voglsangs Zeitschrift für christliche Sozialreform, 1899, S. 22 fg., Artikel: „Heilingers Rechtsphilosophie und die Bedeutung des Rechtes in der Volkswirtschaft": „Heilinger hat zum ersten Male den Begriff des Rechtes in einer Weise fixiert, welche die Funktionen desselben in der Volkswirtschaft deutlich hervortreten lässt."

[4]) Geheimrat Prof. Dr. Goldschmid, Berlin, Archiv für bürgerl. Recht von Kohler und Ring, S. 187.

gehe, beziehungsweise, dass es subjektive öffentliche Rechte nicht geben könne.[5])

Die in ihrem Wesen so einfache Lehre Heilingers, dass das objektive Recht der Wille der leitenden Kreise, das subjektive Recht der der einzelnen Person durch diese Kreise zukommende Anteil an der Macht der Gesellschaft ist, hat sich im Rechtsleben als Regierungsmaxime nunmehr durchgerungen und wohl bedeutsame, grundlegende Umwandlungen der Anschauungen auf dem Gebiete der Nationalökonomie hervorgerufen. Sie korrigierte die allgemeine, unklare und irrige Theorie von Vermögen, Armut und Reichtum. Nach Heilinger sind Armut und Reichtum keine bloss ökonomischen Begriffe, sondern im Wesen Rechtseinrichtungen.[6]) Wer viele wirtschaftliche Rechte besitzt, ist reich, wer wenige besitzt, arm. Nach ihm ist Armut der Mangel, Reichtum der Ueberfluss an wertvollen, wirtschaftlichen Rechten.

Ausgehend von dem Rechtsbegriffe als Willen der leitenden Kreise, stellt Heilinger als soziale Grundforderung die Schaffung und Förderung selbständiger wirtschaftlicher Existenzen durch den Staat[7]) auf. „In

---

[5]) Heilinger, Beitrag zur Theorie des deutschen Privatrechtes, Wien 1892.

[6]) Hoffmeister in Vogelsangs Monatschrift für christliche Sozialreform, 1898: Ueber die Funktionen der Extreme in den wirtschaftspolitischen Weltanschauungen, S. 536: „Reichtum und Armut sind, wie Heilinger zuerst richtig hervorhob, Rechtsbegriffe.“

[7]) Derselbe, Die wirtschaftliche Entwicklung Roms, S. 94: „Das Gleichgewicht zwischen Kapital und Arbeit ist der natur-

den Ideen eines Plato oder Aristoteles so gut, wie in denen der Griechen liegt unklar und unerkannt doch das Prinzip der selbständigen Existenzen, welches erst Heilinger in seiner „Recht und Macht" benannten Untersuchung als klares Postulat dem Staate vorgezeichnet hat." [8])

„Recht und Macht" stellt eine dauernde Bereicherung der Rechtsliteratur dar [9]) und manche in demselben enthaltene Lehre, so das Prinzip der leitenden Kreise, wie insbesondere seine Lehre von der Unwahrheit der bisher als Dogma angesehenen Lehre der Nichtrückwirkung der Gesetze sind juristisches Gemeingut [10]) geworden. Mit Recht bezeichnet Professor Dr. C. Hoffmeister in seinem: „Die wirtschaftliche Entwicklung

---

gemässeste und gesündeste Zustand, der in den wirtschaftlich selbständigen mittleren Existenzen tatsächlich vorhanden ist. Darum verlangt auch Heilinger die kräftigste Förderung dieser Eistenzen durch die Staatsgesetze."

[8]) Hoffmeister in Voglsangs Monatsschrift, 1898, S. 539.

[9]) Budau, Diritto e forza, Mailand 1893, S. 4: „Anche per le studio del probleme sociale sono le theorie di Heilinger di somma importanza et anzi a mio parere dobrebbero dominari la scienza sociale del futuro", ebenda über Heilingers Rechtsbegriff Justizminister Zanardelli, welcher in demselben die „larghezza degli intenti" und „l'acutezza dei concetti" hervorhebt. In gleichem Sinne Hofrat Prof. Dr. Gustav Walter, Wien, in einer Besprechung von Heilingers „Recht und Macht".

[10]) Ebenso die von Heilinger anderen Orts: Oesterr. Gewerberecht, I. S. 392, und III. S. 1 fg., aufgestellte Bestimmung des Begriffes der juristischen Person und des Begriffes von Strafe.

Roms", S. 30, die Anschauungen Heilingers als bahnbrechend.[11])

Mit Erlaubnis des Verfassers übergebe ich hiermit das bereits in verschiedene Sprachen übersetzte Buch „Recht und Macht", welches im Buchhandel seit Jahren vergriffen war, in unveränderter Auflage der Oeffentlichkeit.

Prag, 19. März 1917.

Dr. A. Grossmann.

---

[11]) Prof. Dr. Anton Menger gab mir gegenüber seiner Freude Ausdruck, dass sein „Recht auf den vollen Arbeitsertrag" in Heften erschien, so dass bei Herausgabe des 2. Heftes er die Anschauungen Heilingers während des Druckes inhaltlich noch berücksichtigen konnte.



Inhalt.

Ehegattin und der Kinder. Der Kampf ums Recht. Der Oesterreicher und der Engländer. Die Friedensliebe. Das weise Verständnis des österreichischen Volkes. Das englische soziale Leben und das englische Recht. Fromme Wünsche und das Recht. Die naturalis obligatio.

Das Prinzip der selbständigen Existenzen.

Die Bedeutung der Gesetzgebung. Arm und Reich. Der gesellschaftliche Güterschutz. Die Gesetzgebung und der Wohlstand. Die Souveränität. Wohlerworbene Rechte. Das Recht auf Existenz. Menschenschutzzoll. Die Armut. Der Mittelstand. Das Prinzip der selbständigen Existenzen. Das Handwerk und der Fabriksbetrieb. Die Arbeiterschutzgesetzgebung. Gnade und Recht. Die Menschenwürde. Der Staat und die Schule. Gefühlsvolk und Verstandesvolk. Eigenschaften des Staatsmannes und des Gesetzgebers. Der Stillstand der Gesetzgebung. Das Recht und die Zeit. Die Kritik der Gesetze als Grundlage gedeihlicher Rechtsentwicklung. Die Freiheit der Wissenschaft. Der Beruf der Universität. Der Wert der Jurisprudenz. Die alten Rechte und das geltende Recht. Oeffentliches Recht und Privatrecht. Die Unhaltbarkeit der Lehre von der Unverletzbarkeit der Rechte.

Das Prinzip der leitenden Kreise.

Non ergo a praetoris edicto neque a XII tabulis, sed penitus ex intima philosophia hauriendum est juris disciplina.
Cicero. De legibus I, c. 5.

Der Begriff des Rechtes steht und fällt mit dem Begriffe der Gesellschaft; denn die Gesellschaft macht die Lebenssphäre des Einzelnen erst zur Rechtssphäre und die Macht des Einzelnen über menschliche Güter erst zum Rechte. Die Organisation der Mitmenschen zum Zwecke der gegenseitigen Sicherung im Genusse der menschlichen Güter ist die Gesellschaft.[1])

Habe ich einen Gegenstand in der Hand, so ist dies eine blosse Tatsache. Wird diese Tatsache von den

[1]) Vgl. hierzu jedoch die Begriffsbestimmungen von Ihering, Zweck im Recht, I., S. 88: „Die Gesellschaft ist die Form des menschlichen Lebens", Stein, System der Staatswissenschaft, I., S. 55: „Die Gesellschaft ist die äussere Ordnung des geistigen Lebens in der menschlichen Gemeinschaft"; ferner Lustkandl, Grünhuts Zeitschrift, I., S. 595 ff. Schäffle, Bau und Leben des sozialen Körpers, I., S. 1, und Spencer, Prinzipien der Soziologie, II., S. 1 ff.

Mitmenschen in ihrer Organisation geschützt, so habe ich ein Recht. Wird diese Tatsache von der Gesellschaft nicht geschützt, so habe ich kein Recht.[2]

Ein tatsächliches Verhältnis einer Person zu einer Sache oder zu einer anderen Person, hinter dem die Gesellschaft, beziehungsweise deren Organe schützend stehen, gibt Recht, subjektives Recht.[3]

Es gibt kein Recht ohne Rechtsgenossen, kein Recht ohne Gesellschaft. Jedes Recht beruht auf gegenseitiger Stützung und Hilfe der Mitmenschen in ihrer Organisation, d. i. der Mitbürger. Ich möchte dies als

---

[2]) Eine generelle Bestätigung findet diese Wahrheit insbesondere an dem Begriffe der verbotenen Waren (res extra commercium). An diesen gibt es keinen gesellschaftlichen Schutz des Einzelnen, daher auch kein Privatrecht. Siehe hierzu statt Aller Windscheid, Pandekten. I. § 147, A. 6: „Verbotene Sachen (durch Landesbestimmung verbotene Sachen), wie z. B. verbotene Waffen, verbotene Bücher sind dem Verkehre in demselben Sinne entzogen, wie die römischen res sacrae und religiosae; d. h. es ist an ihnen ein Recht überhaupt unmöglich." Vgl. 1. 1, § 1. D. fam. erc. 19, 2.

[3]) Die blosse physische Macht über eine Sache wird zu Recht, beziehungsweise zu Eigentum durch den gesellschaftlichen Schutz. Demnach ist auch jeder gesellschaftlich geschützter Besitz Recht; insbesondere ist das sogenannte publizianische Recht wahres Recht. Vgl. hierzu über den publizianischen Besitz gediegen Hanausek, Usufructus, S. 70, welcher in demselben ein Recht erblickt.

die Tatsache der Reziprozität[4]) des Schutzes der Gesellschaft bezeichnen.

In jedem Rechtsleben gibt es leitende Elemente, die in demselben die Herrschaft führen. Die leitenden Elemente der Gesellschaft sind diejenigen, welche der Gesellschaft die Bestimmung geben, ihr Schicksal machen.

Sie sind ein Organismus im Organismus der Gesellschaft.[5]) In dem modernen Staate, sei es war immer für eine Staatsform, sind das Staatsoberhaupt mit den Behörden, im Vereine mit denjenigen, welche die sogenannte gesetzgebende Gewalt haben, demnach also die organische Verbindung von Behörde und gesetzgebender Gewalt, als diese leitenden Elemente zu bezeichnen. Neben diesen leitenden Elementen gibt es stets noch gehorchende und passive Elemente, welche im allgemeinen die grosse Mehrheit bilden, und welche durch ihre Aktivität, beziehungsweise durch ihre Passivität, die leitenden Elemente, die leitenden Kreise unterstützen; ferner widerstrebende Elemente, deren Niederhaltung die leitenden und gehorchenden Elemente besorgen.

Wächst das widerstrebende Element in der Gesellschaft und organisiert es sich, so kann dies zur Bil-

---

[4]) Vgl. Heilinger, Kritische Studien aus dem Privatrechte, I., S. 3.

[5]) Vgl. Harum, Von der Entstehung des Rechtes, S. 14, welcher die Anschauung vertritt, dass es ein Recht ohne organisierte oberste Gewalt gibt, beziehungsweise gegeben hat.

dung teilweise oder vollständig geänderter leitender Elemente, zu einer anderen gesellschaftlichen Machtordnung führen.

Dies kann im ruhigen Wege, im Wege des Friedens vor sich gehen (Reform), aber auch im Wege der Gewalt (Revolution). Es ist dies der Prozess der Verfassungsänderung. Verfassungsänderung ist eben nichts anderes als Aenderung der öffentlichen Gewalten, der öffentlichen Rechte. Reform ist Rechtsentwicklung, die von den bisherigen leitenden Kreisen ausgeht oder im Einverständnis mit denselben geschieht. Es ist Rechtsbildung von oben aus. Revolution ist Rechtsentwicklung gegen den Willen der bisherigen leitenden Kreise. Es ist Rechtsbildungsprozess von unten aus. Die im Vorstehenden von mir getroffene Einteilung der Gesellschaft in leitende, gehorchende, passive und widerstrebende Elemente bietet ein klares Bild von dem Baue der Gesellschaft. Ich möchte sie das Prinzip der vier Elemente der Gesellschaft oder das Prinzip der leitende Kreise nennen.

Der dem Einzelnen gewährte Schutz, die dem einzelnen Menschen, dem einzelnen Subjekte gewährte Macht von Seite der leitenden Kreise der Gesellschaft bewirkt subjektives Recht. Subjektives Recht ist der der einzelnen physischen oder juristischen Person zukommende Anteil an der Macht der leitenden Kreise der Gesellschaft und an den

Gütern[6]), die durch die Gesellschaft, beziehungsweise durch deren leitende Kreise geschützt werden.

Somit beantworte ich auch die bisher viel ventilierte[7]) Frage, ob Recht vor Macht geht oder Macht vor Recht geht. Recht geht nicht vor Macht und Recht geht nicht nach Macht, sondern Recht ist Macht, und zwar gesellschaftliche Macht.

Ich habe vorhin bemerkt, dass die Gesellschaft die Organisation der Mitmenschen zum Zwecke der Sicherung der menschlichen Güter ist. Eine Phase der menschlichen Gesellschaft bildet der Staat. Der Staat ist die sesshafte Gesellschaft.[8]) Ein

---

[6]) Ueber den Begriff von Gut siehe vorzüglich Menger, Grundriss der Volkswirtschaftslehre. § 1; ferner insbesondere Mataja, Unternehmergewinn. S. 126.

[7]) Vgl. insbesondere Lasalle in seiner Schrift „Macht und Recht". Neuestens Gumplovics, Soziologie. S. 244.

[8]) Lentner, Grundriss des Staatsrechtes, S. 1, sieht in dem Staate „die im Innern geregelte und nach Aussen abgegrenzte Beherrschungsform menschlicher Gesellschaftsverbände". Burkhard, System des österreichischen Privatrechtes, I. S. 68, erblickt in dem Staate die Summe der konstanten Machtkreise, welche in Neben- und Ueberordnung auf einem bestimmten Territorium sich gebildet haben". Stein definiert den Staat als die zur selbständigen Persönlichkeit erhobene Gemeinschaft. — Vergl. im Anschlusse an Stein insbesondere Bittmann, Die Stellung der Gemeinde Wien im Staatsorganismus, S. 3, und Seidler, Leitfaden der Staatsverrechnung, II, S. 1. Siehe noch Held, Staat und Gesellschaft. I. S. 335: „Staat ist jene Gesellschaft, ohne welche jede andere Art von Gesellschaft gar nicht möglich wäre."

Recht ohne Staat ist sohin wohl denkbar[9]), indem der Begriff des Rechtes seinem Wesen nach nur die Existenz der Gesellschaft, nicht aber die sesshafte Gesellschaft, den Staat voraussetzt.

Es ist demnach meines Erachtens kein Grund vorhanden, ein Recht bei einem Nomadenvolk nicht anzuerkennen. Das Moment der Sesshaftigkeit oder Nichtsesshaftigkeit hat keinen Einfluss auf die Begriffsbestimmung des Rechtes.

Im Staate selbst können die Verhältnisse geteilt erscheinen.

Es ist meines Erachtens demnach zu weit gegangen, als allgemeine Wahrheit zu behaupten[10]), dass eine andere Anschauung als die, dass nur der Staat Rechtsquelle sein könne, mit dem Wesen des Staates und des

---

[9]) Vgl. jedoch Burckhard, eodem S. 25: „Wo noch kein Staat vorliegt, kann auch von einem Rechte nicht die Rede sein“; ferner Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 210: „Das Recht hat seine Realisierung nur durch den Staat.“ Siehe auch Merkel, Enzyklopädie, S. 39: „Die eigentliche Heimat des Rechtes ist der Staat.“ Ferner Gumplovics, Soziologie, S. 191: „Ein Recht kann nur im Staate entstehen und ist nur im Staate denkbar.“

[10]) Ihering, Zweck im Recht, I. S. 320, von der Anschauung ausgehend, dass nur der Staat Rechtsquelle sein könne und eine andere Anschauung mit dem Wesen des Staates und des Rechtes unvereinbar sei, stellt die Lehre der katholischen Kirche, wonach auch diese Rechtsquelle sein könne, in eine Linie mit der Lehre derselben von der Bewegung der Sonne um die Erde.

Rechtes unvereinbar ist. Dies wird noch vor allem klar insbesondere, wenn man die Rechtsverhältnisse des Mittelalters in Betracht zieht. Im Mittelalter ist ein *Dualismus der Gesellschaft* zu bemerken. Der einzelne Bürger, das einzelne behördliche Organ, trat bald als Mitglied des *Staates*, bald als Mitglied der *Kirche* in rechtliche Aktion, je nachdem es die Satzungen des Staates oder der Kirche zu schützen und durchzuführen galt. Was die leitenden Elemente der in Staat und Kirche *geteilten* Gesellschaft wollten, ward ausgeführt. Staat und Kirche waren Gesetzgeber.

Den Standpunkt vollständiger Parität von Kirche und Staat als gesellschaftliche Machtfaktoren charakterisiert insbesonders die Zweischwertertheorie des Sachsenspiegels Art. 1. Twey svert lit got in ertrike to bescermene de kristenheit. Deme pavese is gesat dat geistlike, deme keisere dat wertlike. Deme pavese is ok gesat to ridene to bescermene tiet up einem blanken perde und de keiser sal ime den stegerip halten, dur dat de sadel nicht ne vinde dit. is de beteknisse, svat deme pavese widersta dat he mit geistlikeme rechte nicht gedwingen mag, dat it de keiser mit vertlikem rechte dwinge, dem pavese gehorsam to wesene, so sal ok de geistlike gewalt helpen dem wertlikem rechte, of it is bedarf.

Eine Zeitlang vermochte sogar die christliche Kirche des Mittelalters die Anerkennung zu erringen, dass in dem Papsttum allein die unmittelbar von Gott eingesetzte Obrigkeit enthalten sei, aus dem erst durch Uebertragung die kaiserliche Gewalt entstehe. Praktisch fand dies in der Ab- und Einsetzung der Träger der

obersten weltlichen Gewalt seine Verwertung.[11]) Es hiess [12]): Sit nv got des frides furste haizet, so liez er zwei swert hie vf ertriche. do er ze himel fvr, ze schirme der cristenhait, div lech unser herre sante peter beidiv einz von geistlichem gerichte. daz ander von weltlichem gerichte. Daz weltlich swert des gerichtes, daz lihet der pabest dem chaeiser.

Die Konzentration der Gesetzgebung ist daher nicht immanentes Merkmal des Staatsbegriffes.

Es ist nun nicht zu bezweifeln, dass im Staate neben dem Staate auch andere Faktoren durch eigene Kraft bestehende Rechtsquellen sein können.

Eine andere Frage aber ist es, ob bei der Ausbildung der Staatsidee, wie sie derzeit vorhanden ist, neben dem staatlichen Rechte noch ein anderes Recht angenommen wird.[13])

---

[11]) Vgl. die klassischen Ausführungen von Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte. S. 249; ferner Wahrmund, Ausschliessungsrecht, S. 240.

[12]) Kais. Landrechtsbuch. Vorw. d.

[13]) Vgl. hierzu insbesondere Gerber, Staatsrecht, S. 140, welcher alle Realität der Autonomie leugnet, dagegen wohl Brunner im Holtzendorff'schen Rechtslexikon, S. 219, Artik. Autonomie: „Es liegt kein Grund vor, das Recht der Satzung engherzig auf die oberste Staatsgewalt zu beschränken. — Gleichwie Gewohnheitsrecht sich nicht bloss im Staatsganzen, sondern auch innerhalb der organischen Gliederungen des Staates zu bilden vermag, ebenso ist der Gesetzgebung des Staates die Selbstsatzung kleinerer Verbände innerhalb des Staatsbegriffes gegenüberzustellen.“ Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar des österr. allg. bürgerl. Gesetzbuches, I. S. 252 und Wind-

Das subjektive Recht beruht auf dem Willen der leitenden Kreise, der mächtigsten Elemente der Gesellsellschaft. Dieser resultierende Wille ist das objektive[14]) Recht.

Das objektive Recht als der geäusserte Wille der leitenden staatlichen, beziehungsweise gesellschaftlichen Kreise verhält sich zum subjektiven Rechte wie die Ursache zur Wirkung. Das Verhältnis der einzelnen diesem Willen unterworfenen Menschen zu diesem Willen heisst Sollen. Dieses Sollen (Imperative, Normen) als den alleinigen

---

scheid, Pandekten, § 19; ferner Unger, System des österr. Privatrechtes. I. § 4, Nr. 4.

[14]) Gegen die Unterscheidung von objektivem und subjektivem Rechte Pütter, Eigentum, S. 6: „Die Gelehrten haben das Recht des Einzelnen vor dem Rechte des Landes als subjektives vom objektiven unterschieden. Ist aber das Recht des einzelnen Preussen weniger objektiv, als das preuss. Landrecht? Man sollte es nicht denken; denn, wenn das preussische Landrecht verändert wird, bleibt doch das wohlerworbene Recht des Preussen unverändert, ist also wohl objektiv. Dass man dabei sich etwas Richtiges denken kann, ist freilich gewiss, aber man braucht es nicht. Diese Unterscheidung ist gewiss auch Schuld daran, dass noch kein Gelehrter einen Begriff von Recht gegeben hat." — Dunker, Die Besitzklagen und der Besitz, S. 263, kommt sogar zu dem Ergebnis: „Es gibt nur Pflichten und keine Rechte." Neuestens Affolter, Untersuchungen über das Wesen des Rechtes, S. 38, welcher in dem subjektiven Rechte eine blosse „Begünstigung durch das Recht" erblickt. Das objektive Recht erklärt als „Inbegriff subjektiver Rechte" Wundt, Ethik, S. 498.

Inhalt des objektiven Rechtes ansehen, wie es in neuester Zeit allgemein geschieht, halte ich nicht für zutreffend.

Diese Anschauung (Normentheorie) sieht in dem Rechte eine Summe von Normen. Jede Norm fasst in sich einen Befehl: Du sollst oder Du sollst nicht! Für den Fall der Nichtbefolgung des Befehles wird eine weitere Norm gesetzt, welche sich an andere Personen, beziehungsweise auf Aufhebung der Verletzung richtet. Der letzte Imperativ richtet sich an den Inhaber der höchsten Macht. Wird dieser nicht befolgt, so steht dem Rechte kein weiteres Mittel mehr zu Gebote. Akzeptiert man diese Theorie[15]), so

[15]) Siehe vorzüglich Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 108: „Alles Recht besteht in Imperativen." Ihering, Zweck im Recht. I. S. 225. Bierling, Kritik der juridischen Grundbegriffe. I. S. 69. Vergleiche auch Krasnopolski in Grünhuts Zeitschrift XV. S. 2. Neuestens vornehmlich Sohm, Institutionen, S. 16: „Recht im objektiven Sinne nennen wir die Norm, Recht im subjektiven Sinne die einzelne Befugnis." Auch Czylarz, Institutionen, S. 5 und Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen. S. 18; ferner Ehrlich, Burians Juristische Blätter, 1888, S. 511. Doch vgl. schon Cicero de legibus II. c. 4, s. 8 legem esse aeternum quiddam. quod universum mundum regeret, imperandi prohibendi sapientia aut cogentis aut vetantis-adjubendum et ad deterrendum idonea § 8 jussa ac vetita populorum. Derselbe pro Flacco VII. s. 15 juberi vetarique. Insbesondere aber Thomasius, fundamenta juris naturae et gentium I. V. §§ 4, 6: At in stricto significatu logis virtus immediata est praescribere aut vetare. Permissio non est legis actio, quia qui permittit, non praescribit normam

heisst dies meines Erachtens nur den Pflichtstandpunkt und nicht den Rechtsstandpunkt in Betracht ziehen, die Reaktion, beziehungsweise die Kehrseite des Rechtes im Auge haben. Das Recht ist mehr als Normen, als Imperative, als Befehle. Dadurch unterscheidet sich auch das Recht von der Moral.[16][17] Die Normentheorie ignoriert vollständig das Verhältnis zur Sache, so etwa beim Eigentumsrecht das Gebrauchselement, das ja auch Inhalt des Rechtes ist[18]). Das Ver-

[16]) Zu weitgehend ist die Anschauung von Cohnfeld, Die Lehre vom Interesse, S. 28, welcher glaubt, dass die Normen überhaupt nicht dem Rechte, sondern der Moral angehören. Vergl. hierzu Merkel in Grünhuts Zeitschrift. III. S. 370.

[17]) Vgl. hierzu Pfersche (in einem an Heilinger gerichteten wertvollen wissenschaftlichen Schreiben), welcher in der Normentheorie einen grossen methodischen Fortschritt findet. Derselbe präzisiert eodem die Normentheorie in folgender Weise: „Das Materiale der Rechtswissenschaft sind die Regeln des Rechtes, die Normen, und die abstrakten von der Wissenschaft verwendeten Begriffe (wie dingliche Rechte etc.) werden erst aus diesem Materiale gebildet."

[18]) Affolter a. a. O., S. 12, will in der Moral „unausgebildetes Recht" sehen und hält Rechtsgefühl und Gefühl für das Moralische für identisch. Er versteht — meines Erachtens anklingend an das Naturrecht — unter moralischer Anschauung „nicht die durch Religion und Sitte gemilderte, beziehungsweise veränderte, sondern die naturwüchsige und unverfälschte, lediglich durch das Gefühl sich ergebende Anschauung." Allein meiner Meinung nach ist Rechtsgefühl das Gefühl des Eintretens für das Recht, d. i. zugunsten des geltenden Rechtes. Innere Regungen, die nicht in der

hältnis des berechtigten Subjektes zur Sache ist kein Sollen oder Müssen, keine Norm oder Imperativ.

Mit der Normentheorie begreift man demnach auch nie das Recht, sondern nur die nie an die Sache, sondern sich stets an die Person wendende Pflicht.[19]) Die Normentheorie erklärt nur das Sollen oder Müssen, das Nichtsollen und Nichtmüssen[20]); nicht aber das Dürfen oder Können und das Gebrauchselement. Die Rechtsnormen gehören in das Recht, sind aber allein nicht das Recht, wie die Naturnormen, die Naturgesetze, nicht die Natur sind.

Dadurch, dass man lediglich in den Normen das Recht erblickt, kommt man dazu, das reale Element des Rechtes, das „Geniessen" wie auch die „Ver-

---

Durchführung des geltenden Rechtes gipfeln, sind nicht das Rechtsgefühl, seien sie auch moralisch noch so wertvoll, noch so naturwüchsig und unverfälscht. Vergl. jedoch Thon, Rechtsnormen und subjektives Recht, S. 288; hierzu Merkel in Grünhuts Zeitschrift, VI. S. 387; Pernice, eodem, VII. S. 481.

[19]) Das Privatrecht würde hiernach aus der „Summe derjenigen von der Rechtsordnung dem Einzelnen auferlegten Verpflichtungen" bestehen. Hierfür Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. S. 138. Siehe über den Begriff der Pflicht Fichte, Gesamte Werke. III. S. 54; ferner Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechtes. S. 22.

[20]) Siehe über den Begriff der Kausalgesetze Wundt, Ethik, S. 2, ferner Lammasch in Grünhuts Zeitschrift, IX. S. 253 und Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 225.

äusserungsbefugnis“ als kein Rechtselement anzusehen und nicht zum Inhalt des Rechtes zu zählen.

Im „Geniessen“ sieht man den Zweck des Rechtes. In der Veräusserungsbefugnis die „Macht, durch seine Handlung die Voraussetzungen für den Eintritt oder für den Wegfall der staatlichen Imperative zu erbringen“.

Allein das „Geniessen“ ist Inhalt des Rechtes und nicht Zweck des Rechtes. Das Geniessen ist Zweck des Rechtsobjektes. Richtig ist, dass alles Recht, auch das „Geniessen“ des Menschen wegen da ist.

Das Bestehen des Rechtes, das Leben desselben ist Betätigung. Diese Betätigung ist Recht. Geniessen ist das Recht in seiner Betätigung und Anwendung, ist angewandtes Recht.

Habe ich die Veräusserungsbefugnis, so habe ich ein Recht, d. i. mir räumt die Gesellschaft die Macht ein, aus meiner Sache die eines anderen zu machen (ex meo tuum fit). Sie gewährt mir die Macht, meine Zusage der Rechtsübertragung durchzuführen. Es liegt ein Machtverhältnis vor, das die Gesellschaft schützt, ein Recht.

Wohl wird bemerkt, dass derjenige, welcher in der Veräusserungsbefugnis den Inhalt oder den teilweisen Inhalt eines subjektiven Rechtes erblickt, konsequenterweise auch in der Möglichkeit ein Recht zu erwerben, überhaupt in der rechtlichen Handlungsfähigkeit ein subjektives Recht erblicken muss.[21]) Die An-

---

[21]) Burckhard, System des österr. Privatrechtes. I. S. 463, A. 5.

schauung wird auch dadurch zu bekräftigen gesucht, dass man sich darauf stützt, es gebe kein Privatrecht, Rechte zu erwerben, es existiere nur eine vom Rechte anerkannte Fähigkeit hiezu.[22]) Hierauf sei von mir bemerkt, dass alle sogenannten Fähigkeiten auf dem Gebiete des Rechtes nichts anderes sind, als Rechte, ich möchte sagen Grundrechte. Es sind dies nämlich solche Rechte, auf die sich alle anderen Rechte gründen, stützen. Dadurch, dass Rechte die Vorausetzung anderer bilden, dadurch, dass sich andere Rechte auf sie stützen, sind diese nicht weniger Rechte.[23])

Rechtsfähigeit und Handlungsfähigkeit sind Rechte. Die Rechtsfähigkeit ist das Recht der Freiheit, das grösste menschliche Recht. Die Handlungsfähigkeit ist qualifizierte Rechtsfähigkeit. Ich halte es für vollständig verfehlt, von Fähigkeiten im Rechte zu sprechen. Es liegt kein Grund vor, von einer Fähigkeit zu sprechen. Es führt dies nur zu logischer Unklarheit. Was man hier Fähigkeiten nennt, sind eben gesellschaftliche Machtverhältnisse, Rechte. Ich finde es daher im Sinne des Vorstehenden nicht für zutreffend, wenn gelehrt wird[24]), die Veräusserung seitens des Miteigentümers übertrage Eigentum, das letztere sei mithin das Objekt der Veräusserung. Darnach könne die Macht, die das Eigentum übertrage, nicht

---

[22]) Unger, System des österr. Privatrechtes. I. § 6, A. 17.

[23]) Die Voraussetzung des Pfandrechtes ist eine Forderung. Deshalb ist aber die Forderung nicht weniger ein Recht.

[24]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. S. 327. Vgl. in Ansehung der potestas alienandi Donellus, Komment. IX. c. 9.

ein Bestandteil desselben sein, sie müsse etwas ausserhalb des Eigentums Liegendes sein. Meines Erachtens ist diese Schlussfolgerung ebenso irrig, als wenn jemand behaupten möchte: Meine Füsse bringen mich, respektive meinen Körper, von einem Ort zum anderen. Diese können mithin nicht ein Teil meines Körpers sein, sondern sind etwas ausserhalb desselben Befindliches. Dass das Veräusserungselement ein Rechtselement ist, d. i. zum Rechtsinhalt gehört, wird insbesondere klar, wenn man erwägt, dass das Wesen gewisser Rechte, so die ganze Kategorie der privatrechtlichen Enteignungsrechte[25]), beispielsweise des Pfandrechtes[26]), lediglich aus diesem Elemente besteht.

Im Gegensatze zur Theorie, dass das Recht lediglich aus Imperativen besteht, wird neuestens erklärt, dass das Recht bloss aus Anschauungen bestehe.

Das Recht sei die „Summe der Anschauungen über das richtige Verhalten, die Anschauungen selbst als Ding gedacht". Als Anschauung sei zu verstehen, „die

---

[25]) Die Kategorie der privatrechtlichen Enteignungsrechte (Desubjektivierungsrechte) wurde von Heilinger. Kritische Studien aus dem Privatrechte, aufgestellt und insbesondere für das Pfandrecht angewendet. Vgl. beistimmend Max Schuster und Karl Schreiber in Stubenrauchs Kommentare des allg. bürgerl. Gesetzb. II. § 1070, A. 1 und § 1072, A. 2.

[26]) Heilinger a. a. O. S. 60 definiert das Pfandrecht als das Recht der Enteignung eines fremden Rechtes für den Moment der Nichteinhaltung einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit Zwecks Befriedigung derselben.

vom Willen hervorgehobene Vorstellung eines als richtig empfundenen menschlichen Verhältnisses".

Nicht der Imperativ sei das Ursprüngliche, sondern der Grund, warum dieser Imperativ entstehe, sei die Anschauung über das menschliche Verhalten. So finde der Imperativ: „Du sollst nicht töten" seinen Grund in der Anschauung: Es sei recht, dass der Mensch den Mitmenschen respektiere. „Weil es recht ist, dass du den Mitmenschen respektierst, sollst du nicht töten." Die Seele folgere das Sollen aus der Anschauung. Die Eigenschaft der Geltung gehöre nicht zum Inhalt und Wesen der Anschauungen, d. i. des Rechtes.[27]) Gegen diese Theorie, dass das Recht lediglich aus wenn auch nicht geltenden Anschauungen besteht, sprechen nahezu die gleichen Bedenken, wie gegen die Normentheorie. Wohl gehören Anschauungen in das Gebiet des Rechtes, allein nicht die verschiedenen, etwa überdies nicht geltenden Anschauungen des Einzelnen oder des Gesetzgebers über das menschliche Verhalten sind das Recht, sondern das Recht ist der ausgesprochene geltende Wille der leitenden Kreise der Gesellschaft.

Nicht begreiflich erscheint mir, wenn behauptet wird, dass die Eigenschaft der Geltung[28]) nicht dem Wesen des Rechtes innewohne, anderseits aber zugleich erklärt wird, der Umstand, dass man das einmal ge-

---

[27]) Affolter, Untersuchungen über das Recht, S. 22 ff.

[28]) Ueber den Begriff „Geltung" vorzüglich Zitelmann, Archiv für zivilistische Praxis, 66. S. 447 ff.; ferner Rümelin, Jahrbücher für Dogmatik, 27. S. 156 ff.

goltene Recht noch mit diesem Namen bezeichnet, habe keine weiteren Gründe für sich, als wenn man einen gewesenen Beamten nach seiner früheren Stellung tituliere. Dieses Gleichnis spricht wohl gegen die Anschauung, dass die Geltung nicht zum Wesen des Rechtes gehört. Man gibt eben dem gewesenen Beamten eine Stellung, einen Titel, der ihm, genau genommen, in Wahrheit nicht entspricht, und dem einstigen Rechte den Namen Recht, der ihm nicht mehr entspricht.

Zur Stützung der Lehre, dass die Geltung nicht zum Wesen des Rechtes gehört, wird erklärt: „Die beste Illustration der Tatsache, dass die Geltung nicht zum Inhalt des Rechtes gehört, bietet uns die Geschichte der Kodifikation Justinians. Dadurch, dass Justinian dem Ausspruch der römischen Juristen Kraft verlieh, erhielten diese die Eigenschaft von geltendem Rechte. Als nachher das römische Reich zerfiel, fiel auch die Geltung wieder dahin, um im Mittelalter in der tatsächlichen Anwendung neu aufzuleben".[29]) Dazu bemerke ich: Dadurch, dass Justinian die Aussprüche der römischen Juristen als seinen Willen kundgab, wurden diese Gesetz und g a l t e n. Als mit dem Zerfall des römischen Reiches die Geltung des Justinianschen Rechtes zum Teil oder ganz fiel, war dieses eben nicht mehr Recht, nicht mehr Wille der leitenden, mächtigsten Gesellschaftskreise, sondern historisches, totes Recht. G e w e s e n e s R e c h t i s t k e i n R e c h t. R e c h t i s t L e b e n. Z u m R e c h t g e h ö r t d i e W i r k l i c h k e i t, d i e s e i s t i m m a n e n t e s M o m e n t d e s

[29]) A f f o l t e r a. a. O.

Rechtsbegriffes. Der Wille Justinians wurde wieder Recht, da er Anerkennung von Seite der leitenden gesellschaftlichen Kreise fand, das ist als er wieder galt.

Es ist herrschende Lehre[30]), dass jede Rechtsnorm das Wohl Aller im Auge habe, gleichgültig, ob sie sich auf den Staat, oder das Eigentum, oder die Familie beziehe. Anderseits falle das Interesse des Gemeinwohles mit den wahren Interessen der Einzelnen zusammen, da die Gesellschaft aus den Einzelnen bestehe, und nicht aber von diesen Verschiedenes sei. Jede Norm werde im Interesse des Gemeinwohles erlassen. Es seien die gesetzgebenden Faktoren geradezu verpflichtet, ihr Urteil darüber, was Recht sein soll, nach ihrem besten Wissen und Gewissen, lediglich im Interesse der Gesamtheit abzugeben. Recht sei ja der allgemeine Wille. Dieser eben vorgebrachten Lehre vermag ich nicht beizutreten, indem selbe mir ferne von der Wahrheit zu stehen scheint. Meine Ueberzeugung ist folgende:

In jedem Rechtsleben gibt es dem Gemeinwohle, wie dem Einzelnen schädliche Normen, die vielleicht zur Zeit ihres Entstehens wohltätig wirkten. Allein mancher Rechtsplatz bleibt oft noch in Geltung zu einer Zeit, für die er nicht mehr passt, deren Bedürfnissen er nicht mehr genügt. Cessante ratione legis, non cessat lex ipsa.[31]) Mancher verdorrte Baum steht

---

[30]) Gediegen vertreten durch Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. S. 110 u. 156.

[31]) Ueber die Unrichtigkeit der gegenteiligen Rechtsregel: Cessante legis ratione cessat lex ipsa siehe die Aus-

im Garten des Rechtes. Es ist dies ein Ausfluss eines Zuges, der durch alle Völker und Rechte geht, und zwar des der Rechtsentwicklung entgegengesetzten Zuges, Bestehendes zu erhalten und zu schützen. Es gilt das Prinzip, beziehungsweise das Gesetz der Trägheit, somit meiner Anschauung nach auch im Rechte. Jeder Rechtsgenosse hält fest, was er hat, damit er es nicht verliere und wird von den übrigen Rechtsgenossen in seiner Rechtssphäre geschützt. Ein Angriff des Rechtes Einzelner wird als Angriff auf das Recht Aller, als Bresche in die Sicherheit der Rechtssphäre Aller gefühlt; der einzelne Bürger fühlt sich nicht sicher und wohl, wenn bei Verletzung oder bei Gefahr der Verletzung seines Rechtes nicht auch sein Interesse von den Rechtsgenossen solidarisch in Form der Gesellschaft, beziehungsweise des Staates in Schutz genommen wird. Ruhe und innerer Friede könnte in keinem Rechtsleben sein, wo dieser konservative Zug fehlen würde. Auf diesem konservativen Zug, Bestehendes zu erhalten, Frieden zu wirken, die möglichste Stabilität der Vermögensverhältnisse zu bewirken, beruht auch der Schutz des Besitzes. Dieser Zug ist der wahre Grund des Besitzschutzes.

---

führungen in Pfaff und Hofmann, Kommentar des allg. bürgerl. Gesetzbuches, I. S. 187, ferner Tomaschek, Heimfallsrecht, S. 97. Vergleiche noch Spencer, Prinzipien der Soziologie, III. S. 602: „Das Gesetz, mag es geschrieben oder ungeschrieben sein, bringt uns im Grunde nur die Herrschaft der Toten über die Lebenden in einer bestimmten Form.“ Siehe auch Munk, Die Steuerbelastung der Reichshauptstädte Wien und Berlin. S. 91.

Der Besitzer soll geschützt werden aus Gründen des Friedens in der Gesellschaft. Es soll ehestens eine feste Basis im Interdiktenprozess für eine gesunde weitere richterliche Beurteilung der Sachlage auf dem Wege des Friedens geschaffen werden.

Jahr für Jahr werden in der Gesellschaft, im Staate, dem Gemeinwohl schädliche Normen aufgehoben, anderseits aber auch neue schädliche Normen im Gesetzeswege eingeführt. Was die gesetzgebenden Faktoren als Recht verkünden (Gesetz) oder als Recht gelten lassen wollen (Gewohnheitsrecht)[32]), ist Recht. Die Emanation, die autoritative Fixierung und Niederlegung des Willens der leitenden Kreise ist Gesetz.[33])

---

[32]) Vgl. hierzu noch die Darlegungen von Pfaff und Hofmann über das Gewohnheitsrecht im Kommentare des allgem. bürgerl. Gesetzbuches, I. S. 239 und insbesondere Menger, System des Zivilprozessrechtes, I. S. 84 und Gerber, Deutsches Privatrecht, § 28; ferner vorzüglich Zitelmann, Archiv für zivilistische Praxis, 66. S. 447 ff., auch Rümelin, Jahrbuch für Dogmatik von Ihering, Regelsberger, Ehrenberg und Unger, S. 156 ff.

[33]) Vgl. über den Begriff des Gesetzes für das österreichische Recht Ullbrich, Staatsrecht, S. 373: „Gesetz ist ein vom Staatsoberhaupte in der verfassungsmässigen Form, das ist unter Mitwirkung des Reichsrates oder eines Landtages erlassener allgemein den Untertanen mit Beziehung auf diese Zustimmung der verfassungsmässigen Vertretungskörper unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers publizierter Befehl zur Bestimmung der bürgerlichen öffentlichen Rechsordnung. Unvereinbar hiermit finde ich es, wenn Ulbrich, eodem S. 397 in der ohne Berufung auf die Zustimmung der Vertretungskörper erlassenen Notverordnung ebenfalls „wirkliche Gesetze“ sieht.

Das Gesetz möchte ich je nach seiner originären oder abgeleiteten Natur in Gesetz im technischen Sinne und in Verordnung scheiden. Das Gesetz ist originär, die Verordnung abgeleitet. Die Verordnung findet ihre Stütze und ihre Kraft im Gesetze. Sie erfliesst in Ausführung (Vollzugs verordnung) oder doch auf Grund des Gesetzes. Dagegen ist das Gesetz im technischen Sinne der originäre und souveräne Wille der leitenden Kreise, der seine Kraft in und durch sich selbst hat. Meiner Anschauung nach ist die Verordnung sohin der abgeleitete Wille der leitenden Kreise, Gesetz der originäre Wille der leitenden Kreise der Gesellschaft. Gesetz und Verordnung verhalten sich demnach nicht zueinander, nicht wie Wille und Tat[34]); denn auch die Verordnung ist Wille, jedoch meiner Ansicht nach abgeleiteter Wille. Das Gesetz ist die Basis der Verordnung.

Es ist auch nicht zutreffend, wenn gelehrt wird, dass jedes Gesetz einmal Verordnung gewesen sein müsse[35]). Ein Gesetz kann zweifellos auch

---

[34]) Vgl. jedoch vorzüglich Stein, Handb. d. Verwaltungslehre, S. 21 ff.

[35]) A. M. Gumplovics, Verwaltungslehre. S. 55: „Jedes Gesetz musste einmal Verordnung sein, und jede Verordnung enthält gewiss in sich den Keim eines künftigen Gesetzes.“ Derselbe eodem S. 44: „Jedes Verhältnis, das durch ein Gesetz allgemein geregelt ist, musste einmal als spezieller Fall aus dem wirklichen Leben auftauchen und damals durch eine auf diesen Fall abzielende Anordnung der Staatsgewalt geregelt werden. Wieder-

ohne Vorausgang einer dessen Inhalt enthaltenden Verordnung erlassen werden, ja gewöhnlich enthält das Gesetz den Inhalt einer früheren Verordnung nicht, und es ist eine Ausnahme, wenn ein Gesetz den Inhalt einer früheren Verordnung[36]) enthält, beziehungsweise bestätigt.

Recht und Gesetz ist ferner nicht, was die leitenden Kreise der Gesellschaft verkünden sollen oder was unser Inneres sagt. Unser Inneres sagt manchmal das wahrhaftige Gegenteil dessen, was Recht ist und Gesetz, denn auch das Unrecht weiss oft unsere Sympathien zu erwecken. Für jeden Menschen im Staate gilt ein Recht. Dies Recht ist nicht aus dem Innern der menschlichen Seele zu erforschen, sondern dem Leben der Gesellschaft zu entnehmen. Würde unser Inneres urteilen, wie verschieden wäre das Recht in demselben Lande. Der Laie denkt in seinem Innern anders vom Recht als der Jurist. Der Laie urteilt eben vielfach lediglich nach seinem Innern; der Jurist nach der Wirklichkeit, nach dem geltenden Willen der leitenden Kreise. Ein Geschwornengericht urteilt oft im gleichen Falle anders, als ein gelehrtes Richterkollegium.

---

holte sich dieser Fall oft, und würde er jedesmal im Sinne jener ersten Verordnung geregelt, so verwandelt sich die Verordnung in Gesetz."

[36]) Einen solchen Ausnahmsfall, dass aus einer Verordnung Gesetz wird, bietet die „Notverordnung". Die Notverordnung im Sinne des Art. 14 des öst. Gesetzes vom 21. Dezember 1867, RGBl. 141) wird durch die im Reichsgesetzblatte zu publizierende Genehmigung des Reichsrates zum Gesetze.

Man kann demnach oftmals sagen: Das Geschwornengericht bildet Recht, und das Richterkollegium spricht Recht. Dies soll jedoch den Wert der Geschwornengerichte nicht vermindern, eher in gewisser Hinsicht vom Standpunkte volksmässiger Rechtsbildung erhöhen.

Was gelten soll, aber nicht gilt, möchte ich ideales Recht nennen.[37]) Das ideale Recht fällt, weil es nicht gilt, nicht in das Gebiet des Rechtes, sondern in das Gebiet der Moral.

Nur der ausgesprochene Wille der gesetzgebenden Faktoren, der leitenden Kreise, wie er ist und wie er wirklich geübt wird, und sei er noch so schädlich für den Einzelnen oder für die Gesamtheit, ist Recht. Recht ist nicht das, was der Wille der leitenden Kreise sein sollte, aber es nicht ist. Das Recht ist eben kein Ideal. Recht ist die oft rauhe Wirklichkeit.

Die herrschende Doktrin verwechselt das Sollen mit dem Sein, den Wunsch mit der Wirklichkeit, sie geht von der Anschauung aus, dass die gesetzgebenden Faktoren nicht auch

---

[37]) Das ideale Recht schildert trefflich die Lehre des Confutse: „Das Recht ist der Wille des Himmels. Durch menschliches Nachdenken, welches auf das Urteil der Weisen und Tugendhaften achtet und auf die Stimme des Volkes merkt, erfahren wir ihn. Die Weisen und das Volk werden vom Himmel erleuchtet."

gegen das Interesse der Gesamtheit, gegen das Gemeinwohl, gegen die Volksanschauungen[38][39]), sei es mit oder ohne Vorbedacht, handeln können.

Nicht immer wird man daher mit Demostehenes ausrufen können: ***Πᾶς νόμος ἐστὶ ἕνρημα μὲν καὶ δῶρον Θεοῦ.***[40]) Nicht beizustimmen ist auch der Anschauung, dass das Interesse des Gemeinwesens mit dem wahren Interesse des Einzelnen zusammenfalle. Aus dem Umstande, dass die Gemeinschaft aus den Einzelnen bestehe und nicht etwa von diesen Verschiedenes sei, kann hiefür nicht ge-

---

[38]) Ich möchte daher nicht mit Klöppel, Staat und Gesellschaft, S. 225, das Gesetz definieren als den von der höchsten Staatsgewalt beglaubigten Ausdruck des Volkswillens. Wenn derselbe zu seiner Definition eodem noch hinzusetzt, dass die zufälligen Träger der Staatsgewalt, welche das Gesetz geben, den wahren Ausdruck der Volksanschauung verfehlen können, so verlässt er den Boden seiner Definition, indem er ein Gesetz, das nicht Volkswille ist, damit anerkennt. Klöppel bewegt sich somit in einer contradictio in adjecto.

[39]) Den Kampf, den Michael Kohlhaas führte, möchte ich sohin nicht, wie Ihering, Kampf ums Recht, S. 84, lehrt, einen Kampf für das Recht gegen das Gesetz nennen, als vielmehr einen Kampf für ein nicht existentes ideales Recht gegen das allein existierende wirkliche Recht. Der Begriff des Rechtes verwechselt mit dem Begriffe des idealen Rechtes. Rümelin, Reden und Aufsätze, S. 62: „Da wir uns auch niemals bedenken, manche Gesetze als schlechte und ungerechte zu bezeichnen, so müssen wir offenbar in uns selbst einen Maassstab haben, um das Rechte von dem, was nicht Recht ist, zu unterscheiden."

[40]) L. 2, D. I. 3. Vgl. dazu Bähr, Rechtsstaat, S. 12, der in dem Rechte das heiligste Gut der Nation sieht. Doch schon Cicero, De legibus I. 15.

schlossen werden. Es geht mit der Gesellschaft wie mit dem menschlichen Körper. Es kann etwas dem menschlichen Körper frommen, allein einzelnen Teilen, einzelnen Organen desselben schaden und diese sogar vernichten. Ein Beispiel bietet die Amputation eines Gliedes, um den ganzen menschlichen Körper zu retten. Es kann etwas der Gesellschaft, dem Staate frommen, und den Einzelnen oder Teile der Gesellschaft schädigen. Wenn die Gesellschaft im Interesse des Gemeinwesens den Tod eines Mitbürgers beschliesst, ihn zur Todesstrafe verurteilt, so kann man doch nicht sagen, es falle dessen Interesse mit dem des Gemeinwesens zusammen.

Es ist sohin ein grosser Irrtum, zu glauben, dass jedes Gesetz das Volkswohl und das Wohl des Einzelnen im Auge haben müsse. Ebenso irrig ist es, dass Recht der allgemeine Wille sei[41]), oder der Gesamtwille sei.[42]) Es wird gelehrt, dass durch die Bezeichnung des Rechtes als allgemeiner Wille in formeller Beziehung das Wesen des Rechtes in einer Weise wiedergegeben werde, wie sie treffender und kürzer nicht gedacht werden könne.[43]) Allein dieser Begriffsbestimmung ist nicht beizustimmen. Recht ist nicht der

---

[41]) Die Bezeichnung des Rechtes als allgemeiner Wille erfolgt meiner Anschauung nach schon nach Rousseau, Contrat social (volanté générale) nach der Anschauung Thons, a. a. O. S. 1 seit Hegel.

[42]) Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes. I. S. 24.

[43]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. S. 1.

allgemeine Wille, sondern der durchzuführende und durchführbare Wille der leitenden Kreise. Nicht was alle Bewohner eines Staates wollen, ist Recht, oder was die Mehrheit der Nation will, ist Recht.

Wie würde sich auch diese Lehre mit den Prinzipien eines absolut regierten Staates vertragen, in dem es ja ebenfalls ein Recht gibt, aber wo der Satz gilt: Quod principi placuit, legis habet vigorem.[44])

Der Begriff des Rechtes enthält eine Tatfrage und keine Moralfrage. Wo im Leben im gesellschaftlichen Kampfe der Sieg ist, da suche das Recht, da ist das Recht, freilich das mit der Moral leider zuweilen in Widerspruch geratene Recht.[45]) Nicht der Kampf,

---

[44]) Vgl. § 5. Inst. de jure naturali gentium et civili I. 2: Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, quum . . populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit.

[45]) Affolter, a. a. O. S. 27, ist der Anschauung, dass es ein der natürlichen Billigkeit ganz entgegenstehendes Recht nicht geben kann (Sklaverei?). Eine gewisse Weihe aber erhalte alles Recht infolge der Anwendung, durch die Idee der Gleichheit. Ueberhaupt habe ein Rechtssatz seine einmalige Anwendung gefunden, so empfinde man bei der weiteren Anwendung ein Gefühl der Befriedigung. Affolter erklärt in der Einleitung seiner Schrift, er habe seine Rechtsanschauung aus der Praxis des gerichtlichen und politischen Dienstes geschöpft. Ich meinerseits nun habe wohl weder in meiner Praxis als richterlicher Beamter, noch in meiner Praxis als Verwaltungsbeamter bei der erneuten

sondern der Sieg charakterisiert das Recht.

Das Siegende ist ebenstetsdasRecht, sei es auch moralisch schlecht.[46][47][48]

Das gilt sowohl innerhalb der Staaten auf dem Gebiete der inneren staatlichen Rechtsbildung als auch im

---

Anwendung eines schlechten Gesetzes eine Befriedigung gefunden. Vgl. noch Benedikt, Zur Reform der Konkursordnung. S. 18.

[46]) Vgl. jedoch hierzu die tiefgedachten Darlegungen. Pfaff und Hofmann, Kommentar des allg. bürgerl. Gesetzbuches. I. S. 250: „Wer in törichter Vermessenheit sein subjektives Meinen gegen die öffentliche Ordnung stellt, hat sich die Folgen selbst zuzuschreiben. Wenn aber der Inhalt der Satzung mit dem Rechtsgefühl der Besten eines Volkes im grellen Widerspruche steht, und sie die Macht haben, das geltende Unrecht zu beseitigen, trifft dies Beginnen kein Tadel, wenn die Mittel an sich nicht verwerflich sind.“ Eodem 204. „Das Recht schliesst ein ethisches Werturteil in sich.“

[47]) Siehe aber Ahrens, Naturrecht. I. S. 312. „Alles, was durch das Recht geboten oder verboten ist, ist zugleich durch die Moral geboten und verboten.“ Derselbe, Rechtsphilosophie, S. 280. Das Wesen des Rechtes verkennt vollständig Stahl, Rechts- und Staatslehre. I. S. 189: „Das Recht ist die Lebensordnung des Volkes und beziehungsweise der Gemeinschaft der Völker zur Erhaltung (?) von Gottes Weltordnung. Es ist eine menschliche Ordnung, aber zum Dienste der göttlichen bestimmt durch Gottes Gebot, begründet auf Gottes Ermächtigung.“ Derselbe, S. 200: „Des Rechtes Erstes sind die Gebote Gottes.“

[48]) Vgl. hierzu Schillers Worte (Wallensteins Tod):

„Sei im Besitze und du wohnst im Rechte
Und heilig wird's die Menge dir bewahren.“

Konzerte der Staaten, im Völkerrechte[49]), auf dem Gebiete internationaler Rechtsbildung.

Das Recht verhält sich zur Moral, wie die Wirklichkeit zum Wunsche, wie das Sein zum Sollen. In diesem Sinne ist auch das deutsche, wohl oft missverstandene, daher meist getadelte Sprichwort „Recht ist, was gilt" zu verstehen.

---

[49]) Die Anschauung, es sei das Völkerrecht kein Recht, vertritt Lasson, Prinzip und Zukunft des Völkerrechtes. Vgl. hierzu Heffter, Völkerrecht, herausgegeben von Geffken, S. 4; ferner Bulmerincq. Praxis, Theorie und Kodifikation des Völkerrechtes. Neuestens die wertvollen Ausführungen von Burckhard, welcher, System des österr. Privatrechtes, I. S. 5 erklärt: „Das Völkerrecht ist kein Recht, aber es kann zu einem Rechte werden und Keime und Ansätze dazu sind bereits vorhanden. Es fehlt nichts als die Aussicht auf die stete Realisierung der sogenannten völkerrechtlichen Grundsätze; eine solche stetige Realisierung erheischt jedoch ein hierzu eingesetztes Organ, erheischt die Vereinigung der einzelnen Staaten zu einem Organismus höherer Art. Man mag nun einen solchen Staatenbund oder Bundesstaat, Staatenverein oder wie immer nennen, sein Wesen wird wieder ein staatliches Wesen sein, und je fester die Verbindung der einzelnen Staaten untereinander wird, je mehr die Vereinigung der Staaten den Charakter eines Gesamtstaates erhält, dessen Bürger die einzelnen Staaten sind, desto stetiger, erzwingbarer werden die, die wechselseitigen Verhältnisse der Staaten regelnden Grundsätze werden, desto näher wird das Völkerrecht einem wirklichen Rechte der Völker kommen." Hiegegen möchte ich bemerken: Ein tatsächliches Verhältnis, hinter dem die Gesellschaft schützend steht, das die Anerkennung leitender staatlichen Kreise gefunden hat, ist Recht. Es ist nicht notwendig, dass eine Gesamtheit der Staaten für dieses Verhältnis eintritt. Es genügt vollkommen, wenn

Es ist folgendermassen zu kommentieren: Was die herrschenden Kreise der Gesellschaft anerkennen, das ist, was gilt, ist Recht. Es hört aber auf Recht zu sein, sobald ihm die gesellschaftliche Anerkennung verweigert wird, und wird wieder Recht, sobald ihm die gesellschaftliche Anerkennung wieder gegeben wird. Der Mangel gesellschaftlicher Anerkennung macht Recht zu Nichtrecht und Un-

---

überhaupt dieses Verhältnis die Anerkennung der leitenden Kreise eines Staates gefunden hat, der imstande und willens ist, dieses Verhältnis zu schützen und der demselben Geltung verschafft. Darnach löse ich auch die Frage, ob das Völkerrecht wahrhaftes Recht, und ist dieselbe dahin zu entscheiden, dass auch das Völkerrecht Recht ist; denn auch hier liegt im konkreten Falle eine dem Einzelnen von Seite der leitenden staatlichen Kreise gewährte Macht über Personen und Sachen und ein resultierender Wille der leitenden staatlichen Kreise vor. Auch in den Beziehungen der Völker zueinander ist nur Recht, was gilt. Ein Vertrag der Staaten enthält nur dann Recht, wenn er Geltung hat. Der Krieg ist das grösste gesellschaftliche Machtmittel, ein Machtmittel des Völkerrechtes. Der Krieg ist ein Prozess des öffentlichen Rechtes, beziehungsweise Exekution eines Völkerrechtes. Das Völkerrecht zeigt das Recht in seiner einfachsten, doch auch in seiner grossartigsten Form. Anderer Anschauung jedoch ist Bähr, Rechtsstaat, S. 11, welcher die unrichtige Anschauung vertritt, dass auf dem Gebiete des Völkerrechtes es an einer vollziehenden Gewalt fehle. Siehe noch Merkel in Schmollers Jahrbücher. V. S. 25: „Die Organisation des Völkerrechtes wird eine fragmentarische und seine beherrschende Kraft eine beschränkte bleiben.“

recht. Das Hinzutreten der gesellschaftlichen Anerkennung macht Unrecht zu Recht. Recht wird Unrecht.[50]) Unrecht wird Recht. Dies ist der Prozess der Rechtsbildung, welcher in der Veränderung der gesellschaftlichen Machtverhältnisse besteht.

Ein Beispiel für das eben Vorgebrachte bietet uns das Institut der Sklaverei und der Leibeigenschaft. Das menschliche Innere, das Gemüt des Einzelnen ist dagegen, dass der Mensch als Sache behandelt werde. Und doch bestand die Sklaverei Jahrtausende lang zu Recht. Erst der Einfluss des Christenthums[51]) konnte der Sklaverei die gesellschaftliche Anerkennung versagen, das Recht der Sklaverei und der Leibeigenschaft vernichten, das Recht der Sklaverei zum Unrecht machen.

So konnte Eike von Repkow, wider das bestehende Recht der Sklaverei das Wort führend, wohl

---

[50]) Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswisssenchaft, S. 89, geht von der Anschauung aus, dass Recht ewig Recht bleiben müsse, und dass das Recht gleichgültig gegen seinen Inhalt ist. Hierzu möchte ich bemerken: Der Begriff des Rechtes ändert sich freilich nicht, es ist meiner Anschauung nach stets gesellschaftliche Macht; dies folgt aus dem von mir aufgestellten ehernen Prinzip der leitenden Kreise der Gesellschaft, allein aus dem konkreten Rechte kann Unrecht werden.

[51]) Vgl. Geffken, Staat und Kirche. S. 57: „Das Christentum hat, ohne in die Sklaverei zu greifen, ihr die Grundlage entzogen.“ Siehe auch Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie. § 69 a 4.

ausrufen: An minen sinnen ne kan ik nicht upgenemen na der wahrheit, dat ieman des anderen sole sin; ok ne hebbe wie's nen urkünde. Doch secgen summe lüde, die der wahrheit irre waren, dat sik egenscap irhüve an kaine, die sinen bruder irsluch. Kaines geslechte wart verdelget, dode werlt mit watere toging, dat is nicht ne blef ok secgen summe lüde, it queme egenscap von kan noes sone. Noe segende tvene sine sone unde an me dridden ne wuch he nene egenscap. — Nach rechter wahrheit so hevet egenscap beginn von gedvange unde von vengnisse unde von unrechter Walt, die man von aldere in unrechte wonheit getogen hevet unde nu vore recht hebben wel.[52][53]) Diesem Ideengange nahe war auch der Beschluss der aufständischen deutschen Bauern vom Jahre 1525: Zum dritten, ist der Brauch bisher gewesen, dass man uns für ir eygen leut gehalten haben, welches zu erbarmen ist angesehen, das uns Christus all mit seinem kostbarlichen Blut vergossen, erlöst und erkaufft hat, den hirten gleych als den höchsten keinen ausgenommen. Darum erfindet sich mit der geschrift das wir frey seyen und wollen sein . . . Seyen auch ohne

---

[52]) Sachsenspiegel, III. 42, § 3, 4. Vgl. auch Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte. VI. S. 410.

[53]) Siehe aber schon Florentinus libro IX. Institutionum 4. § 1. D. de statu hominum. I. 5. Servitus est constitutio juris gentium, qua quis contra naturam subjicitur.

Vgl. auch § 2. Inst. De jure personarum. I. 3. 1. 4 D. De justitia et jure. I. 1: Jure naturali omnes homines liberi nascebantur.

zweifel, ir werdent uns der egentschaft gern entlassen oder uns in evangelio des berichten, des wirs seyen.

Der menschliche Geist gibt die Ueberzeugung und Einsicht, dass es Hexerei und Zauberei nicht gibt.

Basierten doch diese Verbrechen auf dem heidnischen Aberglauben, dass ein Mensch mit Hilfe der untergeordneten Geister Uebernatürliches zu wirken imstande sei, bei Nacht und Nebel durch die Luft reiten, Wetter machen, Menschen und Tieren Krankheiten beibringen könne, weiters, dass es einen Pakt mit dem Teufel und dessen Vermischung mit dem Menschen als succubus und incubus gebe.[54][55]) Gleichwohl bestand das Verbrechen der Hexerei und Zauberei zu Recht, es konstruierten die Juristen den Pakt mit dem Teufel mit vollem Ernst als einen verbotenen Innominat-

---

[54]) Hierüber Soldan, Geschichte der Hexenprozesse, neu bearbeitet von Heppe; Mayer, Die Periode der Hexenprozesse; insbesondere aber die grossartige Darstellung Siegels Deutsche Rechtsgeschichte, S. 413.

[55]) Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte. S. 415: „Gestand die Verdächtige nicht, so wurde sie gefoltert, wiederholt, und wenn nötig, länger als eine Stunde, da es sich um ein delictum exceptum handelte. So geschah es, dass alle die Unglücklichen gestanden, dass sie alle übereinstimmend bekannten, wie der Teufel als flotter Junker oder Jägersmann, freilich an dem Bocksfusse kenntlich, gekommen sei und ihnen beizustehen versprochen habe, wie er ihnen Geld, das Teufelsgold, gegeben und sie zu einem Bündnis mit ihnen verführt habe, wie sie sich ihm ganz hingegeben, Gott gelästert und gelobt hätten, Tieren und Menschen zu schaden, wie sie nächtliche Feste mit ihm gefeiert, wozu sie mit Hilfe einer Salbe auf Besenstielen oder schwarzen Böcken durch die Luft geritten seien.“

kontrakt und war folgendes Gesetz: 3. Item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachtheyl zugefügt, soll man straffen vom leben zum todt, vnndt man soll solche straff mit dem fewer thun. Wo aber jemandt zauberey gebraucht, vnnd damit niemandt schaden getan hett, soll sunst gestrafft werden, nach gelegenheit der sach darinnen die vrtheyler radts gebrauchen sollen.[56])

Erst allmählig konnten die Institute der Hexerei und Zauberei die gesellschaftliche Anerkennung, das ist, den rechtlichen Charakter verlieren.

Was heute Recht ist, wird Unrecht, sobald die Macht der Gesellschaft es nicht mehr schützt. Was heute Unrecht ist, kann morgen Recht sein, sobald eben die gesellschaftliche Anerkennung hinzutritt, sobald es die Macht der Gesellschaft für sich hat. Jeder Usurpator, den die Geschichte kennt, war am Tage vor dem Staatsstreich im schweren Konflikt mit dem Strafgesetze des bezüglichen Landes; denn er handelte gegen das bestehende Recht auf Umsturz der Verfassung. Wenn aber der Staatsstreich gelang und er die gesellschaftliche Macht für sich hatte, so waren er und seine Anhänger gefeiert und niemand sah in ihnen schwere Gesetzesübertreter, um deren Gunst man sich bewarb. Was Unrecht war, ward nunmehr anerkanntes Recht, und manches Recht ward zum Verbrechen. Ein Handeln gegen die frühere Verfassung ward Recht. Das frühere Recht ward zum Unrecht. Neue

---

[56]) C. C. C. 109

leitende Kreise waren geschaffen. Was diese, mit dem Usurpator an der Spitze, wollten, ward Recht.

Daraus kann man nun die Folgerung ziehen: Uebertritt der Einzelne oder Einzelne das Gesetz, das Strafgesetz, so kann dies nach den Strafbestimmungen des bezüglichen Landes ein Verbrechen sein.

Wird jedoch dieses Gesetz unter Zustimmung der leitenden Kreise des Staates übertreten, so erscheint jenes Strafgesetz mangels gesellschaftlicher Anerkennung aufgehoben.

Gegenüber der von mir aufgestellten Theorie des subjektiven Rechtes als eines gesellschaftlichen, beziehungsweise staatlichen Machtverhältnisses[57]) schwindet manches Bedenken, was gegen die häufige Begriffsbestimmung des Rechtes als eines Herrschaftsverhältnisses[58]) geäussert wurde.[59]) Man kommt, von der Anschauung ausgehend, dass das Recht

---

[57]) Die von Heilinger in seinen kritischen Studien, I. S. 1 ff., bereits angedeutete Theorie des Rechtes als gesellschaftliches Machtverhältnis steht auf dem Standpunkt der Wirklichkeit; das Recht darlegen heisst, ihr die Wirklichkeit beschreiben.

[58]) Unger, System des Privatrechtes, I. S. 489, definiert das Recht als die vom objektiven Rechte anerkannte Herrschaft des subjektiven Willens.

[59]) Vgl. Fitting, Korrealobligationen, insbesondere S. 30, über die naturalis obligatio und das Herrschaftsverhältnis, wenn man mit Savigny, Obligationenrecht, I. S. 51, eine naturalis obligatio annimmt, deren Wirkung einzig und allein in der soluti retentio besteht.

ein Herrschaftsverhältnis ist, im Familienrecht zu dem Ergebnis, dass die Eltern eine Herrschaft über die Kinder, der Mann eine Herrschaft über die Fraut hat, man kommt aber auch zu dem Ergebnis, dass die Kinder über die Eltern eine Herrschaft haben, die Frau über den Mann herrschen soll.[60]) Hiermit kann man sich schwer befreunden. Das Recht der Ehegattin gegenüber ihrem Manne, der Kinder gegenüber ihren Eltern, ist wahrlich kein Herrschaftsverhältnis, wohl aber ein gesellschaftliches Machtverhältnis. Wird in die von der Gesellschaft zugewiesene Machtsphäre der Frau eingegriffen, und sei es auch von ihrem Manne, so kann sie Hilfe bei der Gesellschaft suchen, und die Gesellschaft wird sie unterstützen, ihr helfend beistehen. Es wird ihr gesellschaftliche Macht gegen ihren Mann zuteil werden, es wird ihr Recht werden. Wird in die von der Gesellschaft zugewiesene Machtsphäre der Kinder von ihren Eltern eingegriffen, so sind diese nicht schutzlos. Der Staat, die Gesellschaft wird ihnen helfend beistehen, ihnen Recht schaffen.

Die herrschende Lehre sieht in dem Kampf um das Recht, das ist in dem Einsetzen für das Recht, die Pflicht des Einzelnen. So wird der Engländer und dessen Rechtsgefühl gelobt und erklärt[61]); der Reichtum hat dem englischen Rechtsgefühl keinen Abbruch getan, und mit welcher Energie sich dasselbe in blossen Eigentumsfragen bewährt, davon haben wir auf dem Kontinente oft genug Gelegenheit, uns zu über-

---

[60]) Nach v. 16 cap. 3, lib. I, der Genesis sprach Gott zu Eva: Sub viri potestate eris et ipse dominabitur tibi.

[61]) Ihering, Kampf ums Recht. S. 44.

zeugen an der typisch gewordenen Figur des reisenden Engländers, der dem Versuch einer Prellerei von Seite der Gastwirte und Lohnkutscher mit einer Mannhaftigkeit entgegentritt, als gelte es, das Recht Altenglands zu verteidigen, der zur Not seine Abreise verschiebt, lange im Orte bleibt und den zehnfachen Betrag von dem ausgibt, was er zu zahlen sich weigerte. Das Volk lacht darüber und versteht ihn nicht — es wäre besser, wenn es ihn verstände. Denn in den wenig Gulden, die der Mann hier verteidigt, steht in der Tat Altengland. Daheim in seinem Vaterlande begreift ihn ein jeder und wagt es daher auch nicht so leicht, ihn zu übervorteilen. Ich versetze einen Oesterreicher von derselben Stellung und denselben Vermögensverhältnissen in dieselbe Situation. Wie wird er handeln? Wenn ich meiner eigenen Erfahrung in dieser Beziehung trauen darf, so werden es von 100 nicht zehn sein, die das Beispiel des Engländers nachahmen. Die anderen scheuen die Unannehmlichkeiten des Streites und das Aufsehen, die Möglichkeit der Missdeutung, der sie sich aussetzen könnten, eine Missdeutung, die ein Engländer in England gar nicht zu befürchten hat, und die er bei uns ruhig in den Kauf nimmt: Sie zahlen. Aber in dem Gulden, den ein Engländer verweigert und den der Oesterreicher zahlt, liegt mehr als man glaubt, es liegt darin ein Stück England und Oesterreich, liegen Jahrhunderte ihrer beiderseitigen politischen Entwicklung und ihres sozialen Lebens". Ja wir haben auf dem Kontinente genug Gelegenheit, die englischen Charakterzüge kennen zu lernen in der typischen Figur des reisenden Engländers. Man sieht in ihm nach dem Vorstehenden das Ideal des

Kampfes um und für das Recht [62]), ein Ideal der Mannhaftigkeit. Ich meinerseits sehe jedoch in der genannten Figur eher wohl nur die stolze Starre und Kälte des englischen Volkes. Das englische Volk, welches weit weniger Gemütsvolk ist als das österréichchische Volk, fürchtet den Streit nicht und geht ihm nicht aus dem Weg; ja es findet im Rechtsstreite über die kleinsten Eigentumsfragen Genuss und Befriedigung. Es sucht stolz und starr, seinen Willen in der kleinsten Sache durchzusetzen, selbst für den Fall, als es auch den zehnfachen Betrag von dem ausgibt, um das es sich handelt. Hier die Energie, als ob es gilt, die Rechte Altenglands zu verteidigen!

Ein Volk, wo der Einzelne wie in Oesterreich, gegensätzlich jenem Engländer manchmal, so in dem oben angeführten Fall, von seinem Rechte nicht Gebrauch macht, obwohl es dasselbe durchzusetzen in der Lage ist, weil es den Streit hasst und friedliebend ist, ist sittlich und politisch nicht weniger zu schätzen als ein Volk, das sein Recht bis zum Exzess auszuüben bestrebt ist, dessen Prinzip der Kampf ums Recht ist. Ein Volk, das nicht jeden Rechtssatz starr durchführt, ist das beste Regulativ für ein gutes Recht. Das

---

[62]) Siehe jedoch Wahlberg, Gesamte kleine Schriften. S. 223: Erhebend ist nur der wackere Kampf um das Recht, so lange dieses auf dem Boden einer gesunden Gesellschaftseinrichtung steht und zugleich gerecht ist.“

Stramme, Starre und Rücksichtslose[63]), und sei es auch in Durchführung des Rechtes, ist es nicht, was den Menschen, den Mitbürger ziert.

Würde jeder Rechtssatz im Leben starr durchgeführt, würde jeder sein, wenn auch absichtlich gekränktes Recht durchführen, es wäre fürwahr kein Friede, kein freundliches Zusammenleben auf Erden, wohl aber ein ewiger Kampf und Streit hienieden.

Der Umstand, dass mancher Rechtssatz, der auf die Verhältnisse nicht mehr passt, zu existieren aufhört, obwohl er in den Gesetzbüchern in den codices steht, und seine Geltung verliert, weiter, dass mancher Rechtssatz trotz seiner Einführung nie Geltung erlangt, wäre nach der von mir bekämpften Anschauung ein schlechtes Zeichen für ein Volk; denn der Kampf des Volkes um das Recht, das Streben für das Recht wäre teilweise erloschen.

Was das österreichische Volk in weisem Verständnisse tut, ist an ihm nicht zu tadeln. In dem Gulden, den ein Oesterreicher zahlt und den ein Engländer verweigert, liegt wohl demnach etwas Anderes, als die herrschende Lehre glaubt, liegen nicht Jahrhunderte einer zugunsten Englands spre-

---

[63]) Vgl. hierzu Wagner, Volkswirtschaftslehre, I. S. 310, welcher bemerkt, dass es in England vorkomme, dass ein reicher Bergwerksbesitzer auch nach erfolgter Nachgiebigkeit seiner mit ihm im Lohnstreite liegenden Arbeiter aus Eigenwillen den Betrieb seines Werkes eingestellt lässt.

chenden politischen Entwicklung und sozialen Lebens.

Ob das soziale und politische Leben in England wirklich so gut ist und war, wie es oben geschildert wird, möchte ich bezweifeln. Ein Land, wo die Gegensätze von Reich und Arm in so ungünstiger Weise hervortreten wie in England, wo die grösste Armut gegenüber dem grössten Reichtum des Landes notorisch zu verzeichnen ist, wo die Masse des sozialen Elends[64])

---

[64]) Wer sind die armen wandernden Akrobaten und Akrobatenmädchen, die sich, in aller Welt herumziehend, ihr Brot verdienen müssen, die von Jugend auf ohne Schulbildung in Entbehrung und Armut zu diesem gefährlichen, mühseligen, nicht geachteten Berufe herangezogen werden, zumeist als Kinder des stolzen Englands? Es wirft dies ein trauriges Streiflicht auf die englischen sozialen Zustände. Ein neuer Sozialpolitiker (Carey, Lehrbuch der Volkswirtschaft, S. 55) führt uns Folgendes über englische Verhältnisse vor: „Der Stand der Bauernschaft, eines Landes Stolz, ist vom Angesichte des Landes verschwunden, so sagt D'Israeli. Suchen wir ihre Abkömmlinge, so finden wir sie, von einem Lohne von 2—4 Dollars per Woche lebend, von dem noch ein Teil für die Miete einer elenden Wohnung abgeht, während die Frau unterdes 6 Pence täglich durch Feldarbeit verdient und die Kinder zu „Gangwerk" verwendet werden, wie dies im Folgenden beschrieben ist. Das Gangsystem, wie es neulich im Parlamente dargestellt wurde, besteht mit kurzen Worten in Folgendem: In den Distrikten, die fast eine Million Morgen des reichsten Landes in England bedecken, in Hutingdonshire, Cambridgeshire, Nottinghamshire, Norfolk, Suffolk und in den Teilen der Grafschaften Nordhampton, Bedford und Rutland, werden über 7000 Kinder vom fünften Jahre aufwärts neben Personen beiderlei Geschlechtes von 15 bis 18 Jahren in Gangs verwendet, die je zwischen 15 und 20 Arbeiter unter einem Meister

ungleich grösser ist als in Oesterreich, da ist, meines Erachtens, kein Ideal sozialen und politi-

---

umfassen, und zwar in einem Zustande, der von der Sklaverei einzig dadurch unterschieden ist, dass er unendlich noch schlechter ist als diese. Der „Gangmeister“ ist fast regelmässig ein lüderlicher Mensch, der als Arbeiter keine ständige Beschäftigung bei irgend einem anständigen Pächter erhalten kann. In den meisten Fällen kauft er tatsächlich die Arbeit der Kinder von armen Eltern, verkauft diese Arbeit wieder an Pächter, zahlt dem Gang so viel ihm beliebt und steckt den Nutzen in die Tasche. Sieben oder acht Monate im Jahre werden diese Gangs oft 7—8 Meilen weit täglich zu Pächtereien getrieben, wo sie mit Pflanzensetzen, Ausjäten von Unkraut, Aufsammeln und Wegbringen von Steinen und dergleichen Arbeit von halb 6 Uhr des Morgens bis 7 oder 8 Uhr des Abends beschäftigt sind. Der Gangwärter wird per Tag oder per Morgen bezahlt, und er seinerseits zahlt wieder den Kindern 4—6 Pence täglich, während die älteren Burschen und Mädchen 9—15 Pence erhalten. Der Meister verschafft sich damit, dass er seine Mannschaft aufs Feld treibt, sie bei der Arbeit hält, und zwar mit dem Stocke, einen Gewinn, der mit ungefähr 1 Pfund Sterling wöchentlich geschätzt wird. Es ist erwiesen, dass Hunderte von den jüngeren Kindern auf den Armen der älteren Bursche nach Hause getragen werden. Bis an die Brust in nassem Getreide arbeitend, werden viele der Kinder für ihr ganzes Leben gelähmt durch rheumatische Leiden, während andere die Anlage zu Fieber, Rückenlähmung und Auszehrung sich holen. Es sind Fälle bekannt, wo kleine Mädchen von vier Jahren diese langen schrecklichen Tage hindurch zur Arbeit angetrieben wurden. Die schwungvollsten Gemälde, die Wilberforce von dem Wesen der Sklaventreiber, wie es vor vierzig Jahren in den Kolonien herrschte, uns entwarf, lassen das britische Westindien im Vergleich mit den heutigen Seedistrikten in England selbst doch noch als ein wahres Arkadien erscheinen. Diese Darstellung des Gangsystems, so sehr wir uns an ihr ent-

schen Lebens, da ist nicht die beste Gesetzgebung, dort ist nicht das beste Recht.

---

setzen, bietet jedoch noch keineswegs die schrecklichste Phase des „Gangsystems": Die Gangs stehen unter keiner sittlichen Beschränkung irgend einer Art. Oft sind bei Nacht beide Geschlechter in Scheunen zusammengesteckt, wo unter den älteren Knaben und Mädchen die schamlosesten Dinge natürlicherweise vorkommen, und Geistliche und andere achtbare Gewährsmänner bezeugten der Untersuchungskommission, dass die Gangsarbeiter unter aller Moral ständen. Sie haben keinen Begriff von Keuschheit und kennen die Bedeutung des Wortes gar nicht. Ihre Sprache und ihr Betragen sind so verworfen, dass Dutzende von Gemeinden, Geistlichen, Chirurgen und anständige Arbeitsleute der Kommission erklärten, dass die Einführung von Gangarbeitern in ein Dorf jedesmal die Sittlichkeit untergrabe." Vgl. Carey, eodem, S. 60, wo eine Darstellung des Erzbischofes von York über den traurigen Zustand in physischer sowie in geistiger, moralischer Hinsicht eines ausgedehnten Distriktes Londons erörtert wird: „Nicht die Hälfte der erwachsenen Gläubigen kann lesen. Nicht die Hälfte der Frauen ist imstande, mit einer Nadel umzugehen. Unser Meeting für Mütter hat 70 Mitglieder, von denen die Hälfte, obgleich sie mit Männern leben und Familien haben, unverheiratet sind, und dies ist das Verhältnis durch den ganzen Distrikt der Gläubigen. Von zehn Familien haben neun nur ein einziges und kleines Zimmer, worin sie leben, essen und schlafen. Nicht eine Familie von sechsen besitzt eine Decke oder Kleider zum Wechseln. Nicht eine von vieren hat irgend ein Bettzeug als einen Strohsack, der etwas Flockwolle oder kurzgehacktes Stroh enthält. Nicht eine von zwanzigen hat eine Uhr, nicht eine von zehn ein Buch. Viele der Häuser befinden sich in dem erbärmlichsten Zustande von Schmutz und Unrat. Wände, Decken, Böden, Treppen sind geborsten und verrottet, Trunkenheit, Händelsucht sind in schreckenerregender Weise eingerissen." — Vgl. auch über englische soziale Verhältnisse Marx, Das Kapital. S. 281 ff.

Häufig wird als Recht bezeichnet, von dem man wünscht, dass es Recht sein sollte, was aber blosse fromme Wünsche — pia desideria — einzelner oder ganzer Völker sind.[65])

Von diesem Gedanken getragen, ist der Sachsenspiegel.[66]) Gott selbst ist das Recht, so hebt der Sachsenspiegel an, der Mensch hat jedoch im Paradiese Gott den Gehorsam gebrochen, uns allen zum Schaden und darum gingen wir irre als die hirtenlosen Schafe, aber, fährt er fort, Gott hat uns erlöst, und hat uns geladen, sein Recht und sein Gebot zu halten. Von Gott kommt, was Recht auf Erden ist und mag auch noch so viel Unrecht für Recht gehalten werden; es kommt nicht von Gott, sondern von unrechter Gewalt.[67])

Von demselben, Recht, Moral und Religion konfundierenden Gedanken geht auch insbesondere noch das ostfriesische Landrecht, III. S. 103, aus, welches sagt: Recht ist die Unterscheidung zwischen gut und böse, die natürliche Erkenntnis Gottes.[68]) Aus diesem Gedanken

---

[65]) Vgl. hierzu meine frühere Ausführung über das ideale Recht.

[66]) Sachsenspiegel. III. 42.

[67]) Vgl. insbesondere die Einleitung Heusiers zu seinen Institutionen des deutschen Privatrechtes. Ferner auch Sachsenspiegel, Vorrede, 22, 23. Kleines Kaiserrecht. I. 1. Spiegel deutscher Leute. 35.

[68]) Nach einer friesischen Sage war es ein Gott, der den Rechtsprechern des Volkes das friesische Recht verkündigte. — Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. I. S. 109. Richthofen, Untersuchungen zur friesischen Rechtsgeschichte. II. S. 457 ff.

erklärt sich auch die das deutsche Volksleben durchziehende Anschauung, wonach das Recht überall und stets gleich [69][70]) sein müsse.

---

[69]) Vgl. Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter. S. 5. Siehe die Blume des Sachsenspiegels: Sal eyne sache gerecht seyn, se mus in allen rechten recht seyn.

[70]) Mit der Anwendung des von den deutschen Rechten abweichenden römischen Rechtes in den deutschen Landen durch die gelehrten Bänke erlitt diese Anschauung einen ernsten Stoss. Daher auch der Hass des Volkes gegenüber den gelehrten Juristen. Siehe die sog. Reformation Friedrich III., Art. 5: Alle Doctores der Rechten, sie seindt Geistlich oder Weltlich sollen an kaynem gericht, bei kaynem rechten, auch in kayns fürsten oder andern räthen mer gelitten sundern gantz abgathon werden. Sie sollen auch fürbass hin vor gericht oder Recht nit weitter reden, schreiben oder rath geben. — Vgl. die Deklaration hierzu: Den Doctoren ist das Recht härter als den Laien verschlossen und kann je keiner ein Schlüssel dazu finden, bis beide Teil arm werden oder gar verdorben sindt. Aber der Ley behält doch den Schlüssel zum Rechten bei ime, dass man zu zimlicher Zeit das Recht herfurbringen mag. Aus diesen ursachen kann man die Gelerten in keinem Rechten mer leiden, dazu sindt es nur besoldt knecht und nicht erbdiener des rechten. Die Doctoren der Rechte sollen aller weltlichen Recht müssig ston, darumb dass sie Stiefväter und nicht die rechten erben des Rechten seind. Dann sie nemen jme den Grundt der Wahrheit und bringen durch jren unordentlichen Geitz das Recht zu aynem sollichen unglauben, dass kein frum Man sein vertrauen darein mer setzen mag. Das hat ewer verkerte Lere inner 50 Jaren zuwegen bracht, wo ist es vor erhördt worden? Noch im XVI. Jahrhunderte warfen die Schöffen zu Frauenfeld in Thürgau einen Doctor juris aus Konstanz, der vor ihnen den Bartolus und Baldus zitiert hatte, zur Tür hinaus: „Hört ihr Doctor, wir Aydgenossen fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele und anderen Doctoren, wir haben son-

Das zugunsten der französischen Revolution ausgebeutete Sprichwort des deutschen Reiches: „Hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht“, basiert ebenfalls auf einer Verwechslung von Recht und Wunsch.

Die Definition des römischen Rechtes von Celsus: Jus est ars aequi et boni[71]) beruht gleichfalls auf dem Moralstandpunkte.

---

derbare Landgebräuche und Rechte: Naus mit euch Doctor! naus mit euch!“

[71]) L. 1 pr. D. de justitia et jure. I. 1. — Siehe l. 2. D. de legibus. I. 3: Nam et Demostenes orator sic definit: *Τοῦτο ἐστὶν νόμος ῷ πάντας ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι διὰ πόλλα καὶ μάλιστα, ὅτι πᾶς ἔστιν νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον Θεου* Auch Cicero, De republica. III. 22.

Das Prinzip der selbständigen Existenzen.

La raison seule peut faire de lois obligatoires et durables.
Mirabeau, Discours politiques.

Wie oben bemerkt, ist Recht gesellschaftliche Macht [72][73], beziehungsweise der geäusserte Wille der leitenden Kreise der Gesellschaft des Staates.

---

[72]) Der Gedanke, dass alles Recht gesellschaftliche Macht ist, lässt sich sowohl aus dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, als insbesondere auch auf dem Gebiete des Privatrechtes nachweisen. Ist mir jemand 100 Gulden schuldig und überhaupt zu einer Leistung verpflichtet, so liegt eine Obligation, ein gesellschaftliches Machtverhältnis, ein Recht vor. Ich habe nämlich die Macht, mit Hilfe der Gesellschaft und durch die Gesellschaft in bestimmter Weise gegen eine Person vorzugehen. Auch bei der naturalis obligatio passt die Begriffsbestimmung des Rechtes als gesellschaftliche Macht, selbst wenn mit Savigny, Obligationsrecht. I. S. 51, angenommen wird, dass dieselbe lediglich in der soluti retentio besteht. Ich werde nämlich von der Gesellschaft im Besitze des Erhaltenen geschützt. Es liegt somit auch hier ein von der Gesellschaft geschütztes Machtverhältnis, ein Recht vor.

[73]) In Ansehung der auch heute noch meist ventilierten Definition des Rechtes als „rechtlich geschützten Interesses“ (Ihe-

Nicht genug lässt sich daher der Wert einsichtiger leitender Kreise veranschlagen. Eine gute Gesetzgebung ist der grösste Staatsschatz, besser und wertvoller als ein wirklicher Staatsschatz, wie etwa der Staatsschatz im Turm von Spandau.

---

ring, Geist des römischen Rechtes. S. 317), vgl. Menger, System des österreich. Zivilprozessrechtes. I. S. 4: „Diese Begriffsbestimmung trifft derselbe Vorwurf, welchen Ihering einer Anzahl der bisherigen Definitionen macht. Sie ist nämlich im wesentlichen ein identisches Urteil (idem per idem), dessen wahre Beschaffenheit bloss durch die Ausdrucksweise künstlich verdeckt wird. Denn welche Interessen werden rechtlich geschützt, offenbar nur jene, welchen das objektive Recht den Charakter von subjektiven Rechten verliehen hat. Und warum besteht dieser rechtliche Schutz? Eben darum, dass das objektive Recht ein Interesse als subjektiv auffasst und behandelt. Jene Begriffsbestimmung sagt folglich nichts anderes, als dass das subjektive Recht Interessen sind, welche das objektive Recht als subjektive Rechte auffasst und behandelt. Ueberdies ist auch die Definition Iherings auch materiell unrichtig, weil sie die subjektiven Rechte mit den Interessen, welchen dieselben zu dienen bestimmt sind, also Bedürfnis und Befriedigungsmittel, verwechselt. Das Eigentum an meinem Wohnhaus befriedigt allerdings mittelbar auch mein Wohnungsbedürfnis, allein dieses Eigentum kann offenbar nicht als mein rechtlich geschütztes Wohnungsbedürfnis betrachtet werden. Diesen wertvollen Ausführungen Mengers möchte ich noch beifügen: Das Wort Interesse ist ein sehr vieldeutiges, daher zu einer Definition wenig geeignetes Wort. So gibt Heyne in Grimms Wörterbuch sechs verschiedene Bedeutungen dieses Wortes, Littrè, Dictionaire de la langue française, neun Bedeutungen von Interesse. Neumann, Steuer, scheidet noch genauer. Wie man meines Erachtens auch den Begriff von Interesse geben mag, immer ist zuzugeben, dass nicht ein insbesondere durch Klage geschütztes Interesse das

Gesetze, die auf das Gemeinwohl, das Volkswohl Rücksicht nehmen, machen die Völker mächtig und zufrieden und sind die beste Bürgschaft des inneren Friedens der Staaten. Sie bewirken auch im Volke

---

Recht ist, sondern dass, was freilich ignoriert wird, der Schutz selbst ein immanenter Teil jeden Rechtes ist. Vgl. hierzu insbesondere noch Leonhard in Grünhuts Zeitschrift. X. S. 24. Auch gegen die Definition Iherings, Kampf ums Recht, S. 4, wonach das objektive Recht „der Inbegriff der durch den Staat gehandhabten Rechtsgrundsätze die gesetzliche Ordnung des Lebens" ist, Recht im subjektiven Sinne die „konkrete Zuspitzung der abstrakten Rechtsregel zu einer konkreten Berechtigung einer Person" ist, spricht meiner Anschauung nach ebenfalls der Umstand, dass das zu definierende Wort Recht das Definiendum, in der Definition, in den Worten „Rechtsgrundsätze", Berechtigung", „Gesetz" wiederkehrt und demnach der Begriff Recht durch sich selbst zu erklären versucht wird. (Aehnlich Binding, Normen. I. § 11: „Recht ist der erklärte Rechtswille einer Rechtsquelle.") Wenn Ihering, ebenda, S. 46, das Recht „praktische Verwirklichung" nennt, so möchte ich diese Begriffsbestimmung wohl für zu allgemein halten, anderseits muss ich bemerken, dass ich keine andere Verwirklichung mir denken kann, als eine — praktische. Das liegt eben im Begriff des Wortes Verwirklichung. Vgl. noch wohl vornehmlich die das Machtmoment hervorhebenden, aber von der oben aufgestellten Begriffsbestimmung des Rechtes erheblich abweichenden Rechtsdefinitionen von Windscheid und Exner. Ersterer, Pandekten. § 37: „Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht konkreten Inhalts." Letzterer, Kritik des römischen Pfandrechtsbegriffes. S. 16: „Das subjektive Recht ist eine unter der Sanktion und folgeweise unter dem Schutz der Rechtsordnung stehende konkrete Willensmacht." — Vgl. ferner vorzüglich Demelius, Zivilistische Untersuchungen. I. S. 133: „Das subjek-

Liebe zum Vaterlande, zu Kaiser und Reich und Kraft zur Verteidigung gegen äussere Feinde. Es ist besonders in unseren Zeiten der sozialen Frage auch Sache einer humanen Gesetzgebung, die praktisches Christentum sein soll, die Gegensätze zwi-

---

tive Recht, das ist der Privatwille, soweit er mit der Norm des objektiven Rechtes übereinstimmt. und von ihm gekräftigt und gedeckt wird, ist nicht nur eine Willensnorm, nicht bloss ein Verbot der Rechtsordnung, angewandt auf ein konkretes Verhältnis, sondern von vorhinein eine Kraft, den widerstrebenden Willen des rechtlich gebundenen zu beugen." Siehe weiters Hofmann, Oesterr. Gerichtszeitung. 1870. S. 33. Pfaff und Hofmann, Kommentar des allgem. österr. bürgerl. Gesetzbuches I. S. 119. Pfaff, in Grünhuts Zeitschrift I. S. 57. Krainz und Pfaff, System des österr. allgem. Privatrechtes. Unger, System des österr. Zivilrechtes. I. S. 3 u. 489. Ihering, Pandekten. S. 23. Sohm, Institutionen, S. 10. Arndts Pandekten, herausgegeben von Pfaff und Hofmann. Lemayer in Grünhuts Zeitschrift. I. S. 740. Gengler, Deutsches Privatrecht. S. 254. Hartmann, Obligation. S. 161. Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte. § 129. Randa, Eigentum. S. 423. Hasenöhrl, Obligationsrecht. S. 3. Mitteis, Die Individualisierung der Obligation. S. 114. Gerber, Deutsches Privatrecht. S. 1. Dernburg, Pandekten. I. S. 23. Burckhard, System des österr. Privatrechtes. I. S. 1 ff. Pfersche, Methode der Privatrechtswissenschaft. Thon, Rechtsnorm. S. 1. Binding, Normen I und II. Schiffner, System des österr. Zivilrechtes. I. S. 1. Geller im Zentralblatt für die juridische Praxis. 1887. S. 391. Bekker, Pandekten. I. § 20. Maassen, Zivilrechtliche Erörterungen. S. 40. Steinlechner, Juris communis. I. S. 45. Kuntze, Excurse. S. 1. Derselbe, Die Obligationen im römischen und heutigen Rechte. S. 90. Köppen, Erbrecht. S. 13. Strohal in Grünhuts Zeitschrift. VII. S. 408. Bernatzik, Rechtssprechung und materielle Rechtskraft. S. 4. Schey. in Grünhuts Zeitschrift.

schen arm und reich zu mildern und dem Umsichgreifen der Armut durch geeignete volksfreundliche Gesetze im Staate entgegenzuwirken.

Die Begriffe von arm und reich gehören in das Recht; auch sie sind, so fremd dies auch klingen mag, meines Erachtens Rechtsbegriffe. Derjenige ist reich, dem die Gesellschaft, der Staat, relativ viele und wertvolle materielle Güter gewährt und schützt, das ist derjenige, welcher relativ viele und wertvolle materielle Rechte besitzt. Arm ist derjenige, der relativ wenig materielle Rechte besitzt. Der Unterschied zwischen arm und reich liegt in dem Plus an Rechten.

Die Gesellschaft macht reich und arm durch den von ihr besorgten Güterschutz. Die Gesetzgebung hat es in der Hand, die Rechtsgüter-

---

VII. S. 756. Gumplovics, Soziologie. S. 189 und 239. Wallaschek, Studien zur Rechtsphilosophie. S. 96. Inama-Sternegg, Verwaltungslehre. § 4. Geyer in Holzendorffs Enzyklopädie. I. S. 25 u. 57. Zitelmann in Nowaks Oesterr. Gerichtszeitung. 1888, S. 194. Steugel, Organismus der preussischen Verwaltung. Meissel in Burians juristischen Blättern 1887, Nr. 511. Binding, eodem Nr. 13 ex 1888. Ehrlich, eodem. S. 511. Frey in Piskos Gerichtshalle. 1877, Nr. 26. Kohler, in Grünhuts Zeitschr. XIV. S. 1. Ehrlich, eodem IX. S. 7. Zucker, eodem. S. 493. Menzel, Anfechtungsrecht. S. 37. Ofner, Der Sevitutenbegriff. S. 47. Singer, in Grünhuts Zeitschrift XVI. S. 207. Schellwien, Die Arbeit und ihr Recht. S. 10. Radnitzky, Die Parteiwillkür im österr. Rechte. S. 8. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. S. 12; auch Wundt, Ethik. S. 408. Hegel, Gesammelte Werke. VIII. S. 73 und Herbart, Gesammelte Werke. II. S. 421.

verteilung beliebig zu regeln. Die Gesetzgebung ist der Schöpfer, Schützer und Förderer des Wohlstandes und Glücks auf Erden.

Es liegt im Begriffe einer souveränen Gesetzgebung als suprema potestas zu tun, was ihr angemessen erscheint.

Die Gesetzgebung ist daher an wohlerworbene Rechte nicht gebunden. Die Gesellschaft, beziehungsweise der Staat schützt, was er will, was ihm frommt. Die Anschauung des absoluten Schutzes wohlerworbener Rechte [74]) entbehrt der Wahrheit. Neue Gesetze ändern die alten, demnach auch rücksichtslos die auf diese gegründeten, im Widerspruch stehenden subjektiven Privat- oder öffentlichen Rechte des Einzelnen, auch wenn sie noch so wohl erworben sind. Unrichtig ist es daher, wenn gelehrt wird, dass ein Gesetz nicht rückwirkende Kraft habe [75])

---

[74]) Eine äusserst klare und übersichtliche Darstellung über den bisherigen Stand der Lehre von dem Schutze wohlerworbener Rechte findet sich bei Pfaff und Hofmann, Kommentar des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches. I. S. 157 und Exkurse, I. S. 128 ff.

[75]) Böcking, Pandekten. I. S. 317. Den gleichen Standpunkt vertritt auch der § 5 des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches: „Gesetze wirken nicht zurück, sie haben daher auch auf vorhergegangene Handlungen und auf vorhergegangene Rechte keinen Einfluss.“ Siehe hierzu noch Stubenrauch, Kommentar des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches, herausgegeben von Max Schuster und Karl Schreiber; ferner Kirchstetter, Kommentar des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches, herausgegeben von Ferdinand Maitisch. Vgl. wohl Dernburg, Preussisches Privatrecht, I. § 32, welcher die rela-

oder wenn man sich in geringer Klarheit über das Wesen der Gesetzgebung so weit vergeht, zu behaupten, dass ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilegt, für den Richter unverbindlich sei.[76]) Nicht beizustimmen vermag ich auch, wenn gelehrt wird, dass ein rückwirkendes Gesetz ein absolutes Unrecht[77]) ist, oder dass ein erworbene Rechte kränkendes Gesetz eine Rechtsverletzung ist.[78])

Die Gesellschaft wird gut tun, in ihrem eigenen Interesse, im Interesse des inneren Friedens und der bestehenden Gesellschaftsform wohlerworbene Rechte im allgemeinen möglichst zu schützen und nur so weit einzugreifen, als es für das Staatswohl notwendig erscheint.

Die Gesellschaft, der Staat, schützt auch wohlerworbene Rechte in der Tat nicht. Ein praktisches Beispiel: Wer durch Geld seinerzeit vom Militärdienste losgekauft wurde, wer nach vollstreckter Dienstpflicht seinen Abschied erhalten, war vom Militärdienste gemäss den früher in Oesterreich geltenden Gesetzen gänzlich und für immer

---

tive Selbständigkeit des Privatrechtes betont: „Der Staat sichert die Privatrechte, allein er hat sie nicht geschaffen. Hierauf beruht die relative Selbständigkeit des Privatrechtes gegenüber der staatlichen Gewalt, seine Unverletzlichkeit, welche im Prinzipe gewährleistet wird."

[76]) Vgl. gegen Lasalle die klassischen und präzisen Ausführungen von Windscheid, Pandekten. I. S. 77.

[77]) Böcking, a. a. O.

[78]) Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechtes. S. 38. Vgl. darüber Pfaff und Hofmann, Exkurse. I. S. 129.

befreit. Nach dem neuen Landsturmgesetze sind nun auch die Genannten zu Militärdiensten verpflichtet. Es war ein wohlerworbenes Recht derselben, militärisch nicht mehr dienen zu müssen, allein der österreichische Staat hat es für gut, für notwendig gefunden, dasselbe aufzuheben.

Was die Gesellschaft gewährt, kann sie wieder nehmen.[79]) Es gilt im Rechtsleben der Satz: Die Gesellschaft hat es gegeben, die Gesellschaft hat es genommen. Dies gilt allgemein demnach auch in Ansehung der sozialen Frage. So lange die Erde genug oder mehr Getreide trägt als nötig ist, um alle Menschen zu ernähren, so lange kann eine weise und humane Gesetzgebung der Staaten allen Menschen Brot gewähren und ihr Leben schützen. Auf dieser Wahrheit basiert das Recht auf Existenz.[80])[81])

---

[79]) Vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurse. I. S. 129. „Es gibt einen Richter auch über den Gesetzgeber, und der ist hienieden die öffentliche Meinung und die Geschichte."

[80]) Vgl. hierzu die tiefgefühlten Worte des grossen, meinem Vaterlande Oesterreich leider durch den Tod entrissenen Kronprinzen Rudolf bei Eröffnung des hygienischen Kongresses in Wien 1887: „Das kostbarste Kapital der Staaten und der Gesellschaft ist der Mensch."

[81]) Siehe hierzu das eine Phase des Rechtes auf Existenz bildende Recht auf Arbeit, kraft dessen jeder arbeitsfähige Bürger, der bei einem Privatunternehmen keine Arbeit findet, von der Gesellschaft verlangen kann, dass ihm die gesetzliche Taglöhnerarbeit gegen Zahlung des üblichen Taglohnes zugewiesen wird. Darüber vornehmlich Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag, insbesondere S. 15. — Vgl. auch eine in der Sitzung

Mancher Staat wird in Erreichung dieses Zieles besser daran sein als der andere, daher kann es kommen, dass die Gesetzgebung einzelner Staaten die Einwanderung mittelloser Fremder verhindert, um die Konkurrenz nach Arbeit im Lande nicht zu vermehren, und dem Inländer ernährende Arbeit zu sichern. (Vgl. die amerikanische Antichinesenbill.) Es ist dies die Schutzzollidee (Schutzzoll auf Waren) in ihrer Anwendung auf Personen. Ich möchte es einen Schutzzoll auf Menschen nennen.

Das Umsichgreifen der Armut charakterisiert den verfallenden Staat und gibt zu denken dem ernsten Gesetzgeber.[51]) Es hat auch für die Gesamtheit seine furchtbaren Folgen. Je weniger Arme in einem Staate sind, desto besser ist es um ihn bestellt, desto besser ist er bisher verwaltet. Jedermann, der eine selbständige Existenz besitzt, der nicht von heute auf morgen lebt, ist ein natürliches Bollwerk gegen eine soziale Revolution,

---

des deutschen Reichstages vom 9. Mai 1884 bei Beratung über das Gesetz gegen gemeingefährliche Bestrebungen der Sozialdemokratie von dem Reichskanzler Bismarck abgegebene Erklärung: „Geben Sie dem Arbeiter das Recht auf Arbeit so lange er gesund ist, sichern Sie ihm Pflege, wenn er krank ist, sichern Sie ihm Versorgung, wenn er alt ist". Siehe vornehmlich Schreiber, Arbeitsvertrag, S. 32, und insbesondere noch Ofner, Das Recht auf Arbeit, S. 3, und Seltsam in Burckhards Zeitschrift für Verwaltung, Nr. 35 und 36 ex 1889; ferner Brentano in Conrads Jahrbücher, XVI. S. 1 ff., und den Artikel über Alters- und Invaliditätsversicherung im Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad, Elster, Lexis und Löning.

daher der Wert des Mittelstandes für den Staat.

Schlecht bestellt ist es um den Staat, wo der Mittelstand geschwunden.[82]) Je mehr Leute es gibt im Staate, die nichts zu verlieren haben, für die das Wort des Bias gilt: „omnia mea mecum porto", desto mehr ist die Gesellschaft in ihrem dermaligen Bestande bedroht. Jene hält nichts zurück von der Rüttlung an der bestehenden Gesellschaftsordnung, deren radikale Aenderung ihnen ja wünschenswert erscheint.

Es kann sohin als Aufgabe der Gesetzgebung betrachtet werden, die selbständigen Existenzen im Staate zu vermehren, sohin jede neue Unternehmung, die neue honorierte Arbeit, neue selbstständige, finanziell lebenskräftige Existenzen schafft, zu begünstigen, dagegen der den Preis der Arbeit drückenden unentgeltlichen Ausnützung der Arbeitskraft oder der zu geringen Entlohnung dersel-

---

[82]) Vgl. hierzu die bei Eröffnung der italienischen Parlamentssession am 25. November 1889 gesprochenen Worte Königs Humbert: „Fahren Sie einträchtig fort im Studium der sozialen Probleme, welches nunmehr niemand ausser Acht lassen sollte und rücksichtlich dessen jeder Verzug ein Fehler sein würde. Ich will, dass der Ruhm meiner Herrschaft hauptsächlich in dem Wohlergehen der kleinen Leute bestehe."

[82]) Wehe dem Lande, wo man sagen kann: Die grossen Kassen sind zu (unternehmungsunlustiger Reichtum) und die kleinen (Mittelstand) ausgeleert.

ben im allgemeinen entgegenzuwirken und so die Arbeit zu ehren.[83])

Diesem von mir hier aufgestellten Prinzipe der Schaffung und Begünstigung der selbständigen Existenzen[84]) im Staat entspricht auch der Zug unserer Zeit, mehr das Zufriedenheit, Selbständigeit und sittliches Familienleben förderde Kleingewerbe gegenüber dem die Selbständigkeit und das Familienwesen weniger begünstigenden Fabriksarbeiterwesen und der Grossindustrie gesetzlich zu begünstigen.

Diesem Prinzipe entsprechen auch die zum Schutz der Bauernschaft in unserer Zeit erlassenen Gesetze. (Vgl. in Oesterreich das Gesetz vom 1. April 1889, R.-G.-Bl. 52, betreffend die Einführung besonderer Erbteilungs-

---

[83]) Die Ehrung der Arbeit schildern schön die Gesetze des Menu, IX. 44: „Weise, welche die Vorzeit kennen, erklären, dass ein bebautes Feld dessen Eigentum ist, welcher das Holz ausrottete, es reinigte und pflügte, wie eine Antilope dem ersten Jäger gehört, welcher sie tödlich verwundete.“ Vgl. auch Schopenhauer, Welt als Wille und Vorstellung, IV., § 62.

[84]) Die Gesetzgebung soll die männliche Arbeit mehr begünstigen als die der Frauen. Sie soll daran denken, dass der Mann derjenige ist, der den Herd der Familie gründet und erhält. Die Gesetzgebung bildet dadurch die Grundlage zu neuer glücklicher Familienbildung. Sie soll die Konkurrenz nach Arbeit durch die Frau nicht vermehren helfen. Der Mann ist durch seine Stärke und seinen Ernst mehr zur Arbeit geschaffen als das Weib. Dem sanften, heiteren und gemütvollen Wesen des Weibes entspricht mehr der Beruf der Pflege herzlichen Familienlebens.

vorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Grösse.[85]) Es gilt somit als sozialpolitisches Prinzip: Jede Unternehmung ist um so mehr zu begünstigen, als sie die Summe der selbständigen Existenzen im Staate vermehrt. Im Einklange hiermit steht die Sorge des Gesetzgebers in Ansehung der Arbeit.

Jeder Gesetzgeber muss die Nachfrage nach Arbeitskräften zu vermehren suchen, und zwar so weit, dass jeder, der Arbeit wünscht, Arbeit bekommt.

Wohl macht jede neue Maschine Arbeitskraft ersparen. Deshalb ist aber die Maschine, oder das, was sie repräsentiert, der Fabriksbetrieb im allgemeinen, nicht zu verurteilen. Die Maschinen sind kein Unglück für die Menschheit, wie manche glauben; sie sollten eher ein Segen für die Menschheit sein.

Zufolge Ersparung an Arbeitskraft durch die Maschine braucht die Menschheit nun nicht mehr so viel zu arbeiten, um dasselbe zu geniessen, als früher, wo sie keine Maschine hatte. Dass aber gleichwohl die Nachfrage nach Arbeit nicht abnehme, so dass jeder, der Arbeit sucht, sie bekommt, dafür ist von Staats wegen zu sorgen. Die gesetzliche Verkürzung der Arbeitszeit in den Fabriken,

---

[85]) Siehe darüber jedoch Verkauf in Brauns Archiv. IX. S. 311.

das Verbot, beziehungsweise die Beschränkung der Frauen- und Kinderarbeit, der Nachtarbeit, das Gebot der Sonntagsruhe, die Bevorzugung der Inländer bei Verleihung von öffentlichen Aemtern und bei Vergebung von öffent- Arbeiten, die Schutzzölle u. a. sind Ausflüsse jener schweren Sorge des Gesetzgebers für Arbeit. Zugleich wird hierdurch zu erreichen gesucht, dass auch dem Armen freie Zeit für sich und seine Familie geschaffen wird.[86])

Die oben erwähnten Massregeln sollen aus staatspolitischen Gründen, insbesondere aber aus Gründen der Wertschätzung des Individuums und im Interesse menschlichen Glückes geschehen. Die Menschenliebe sei die Basis jeder Gesetzgebung. Das Recht sei der Diener der Moral.

Die Gesetzgebung der neueren Zeit, insbesondere Oesterreichs und Deutschlands, ist von humanem Geist erfüllt. Sie ist der Ausdruck der Anschauung, dass das Recht aller Menschen willen besteht. Sie sucht selbst dem ärmsten Mann, der ärmsten Familie ein menschenwürdiges Dasein zu verschaffen.[87]) So beruht insbesondere die neue Arbeiter-

[86]) Die Arbeitskraft des Einzelnen soll wohl benützt, aber nicht bis zum Exzess ausgenützt werden, sonst wird die Menschenkraft als Pferdekraft behandelt.

[87]) Unsere Zeit hat in rechtliche Bahnen gelenkt, was ein Gebiet der Gnade war. So ist der Arme, der sich durch

schutzgesetzgebung auf dem Standpunkte der Menschenfreundlichkeit. Sie geht, meines Erachtens, von dem Gedanken aus, dass des Menschen Beruf wohl in der Arbeit, vornehmlich aber auch in der Wahrung der menschlichen Persönlichkeit und Menschenwürde besteht. Der Staat erscheint ihr als eine Einrichtung zum Schutze des Menschen als ein Menschenschutzverein.

Zu einer guten Gesetzgebung gehört vor allem auch die Pflege und Organisierung der Schule. Es ist nicht genug, wenn in den Volksschulen ein hohes Bildungsniveau erzielt wird, nicht genug, wenn auf Bildung des Verstandes, auf Hebung der Intelligenz, auf Erwerbung von Kenntnissen hingewirkt und zu nützlicher Arbeit angeleitet wird. Es ist auch Sache des Staates, Treue und Ehrlichkeit[88]) zu fördern, insbesondere

---

Arbeit seinen Lebensunterhalt nicht zu verschaffen vermag, nicht mehr auf die öffentliche Mildtätigkeit und Gnade angewiesen. nicht braucht er mehr bettelnd sein Brot sich zu verdienen, von Haus zu Haus durch das Land ziehen, sondern er hat ein Recht auf Versorgung. Jeder Mensch hat heute auch das Recht der Pflege im Krankheitsfalle.

[88]) Das geflügelte Wort aus Lessings Minna von Barnhelm: „O, man ist auch verzweifelt wenig, wenn man weiter nichts ist als ehrlich", stellt das Moment der Ehrlichkeit nicht im richtigen Lichte dar. Die Ehrlichkeit ist eine der Grundlagen jeglichen Staatslebens. Wie steht es mit dem Staate, wo die Ehrlichkeit nicht gefördert wird? Wie steht es mit dem Richterstande, mit den Behörden in einem solchen Staate, wenn nicht nach Gesetzen, sondern nach Vorteil judiziert wird?

auf Hebung des Herzens im jungen Leben hinzuwirken.

Ein Volk, welches ein Gefühlsvolk ist, ist gewiss glücklicher, als ein reines Verstandesvolk. Intelligenz macht nicht glücklich. Ein Tag des Gefühles, der Herzlichkeit, wirkt im menschlichen Leben mehr und lässt tiefere und schönere Erinnerungen zurück, als Jahre der intensivsten Verstandestätigkeit. Die Bildung des Herzens, die Förderung von Treue und Ehrlichkeit[89]) soll zum Staatszwecke werden, welcher zu nicht geringem Teil durch Pflege der Moral und der Religion in den Volksschulen erreicht werden soll. Entscheidend für das Wohl und Wehe eines Staates sind nun diejenigen, deren Willen massgebend ist für denselben. Es handelt sich sohin in Ansehung des Wohles des Staatskörpers um die Männer der leitenden Kreise, insbesondere um die Männer, die die Regierung führen.

Der Staatsmann, der Gesetzgeber, soll vor allem ein Herz für das Volk und eine freie Gesinnung haben. Er muss die Gegenwart und ihre Gesetze kennen; denn nur wer die Gesetze kennt, wer weiss, was im einzelnen gilt, kann wissen, was im einzelnen gelten soll und

---

[89]) Wenn Lasalle, Ueber Verfassungswesen, S. 25, erklärt, dass, wenn in einer Gesellschaft eine siegreiche Revolution eingetreten ist, das Privatrecht fortdauert, dagegen das öffentliche Recht am Boden liege, so ist dies nicht richtig, denn auch das Privatrecht kann bei einer sozialpolitischen Umwälzung, besonders der Eigentumsverhältnisse, gründliche Umänderung erleiden.

dies im Gesetzwege durchführen. Der Gesetzgeber muss auch die Fähigkeit haben, krankhafte Erscheinungen auf dem Gebiete des Rechtes zu erkennen, vor allem aber Erfahrungen gesammelt haben; reiche Erfahrungen erst gesammelt auf dem Gebiete angewandter Staatspolitik auf dem Gebiete der Gesetzgebung, machen den Staat arm. Der Ort der Gesetzgebung ist nicht der Ort des Versuches. Die Gesetzgebung ist ein Instrument, das man zu behandeln verstehen muss. Es kann unendlich nützlich, aber auch unendlich schädlich wirken. Der unkundige Gesetzgeber gleicht dem Zauberlehrling, der den Geist zitiert und ihn dann nicht zu bannen versteht.

Insbesondere kann nicht bloss der als grosser Staatsmann angesehen werden, der selbständige, das Gemeinwohl fördernde Gedanken hat und diese, wenn die Zeit hierzu reif ist, ausführt, sondern vor allem der, der die dem allgemeinen Wohle nützlichen und grossen Ideen seiner Zeit, und zwar der besten seiner Zeit, verwirklicht. Verschliesst sich eine Gesetzgebung der edlen Ideen ihrer Zeit, so verfällt das von ihr geleitete Gemeinwesen und es wächst die Unzufriedenheit im Lande, welche sich in gewaltsamen, traurigen Erscheinungen Luft macht und schliesslich zum Umsturz der gesellschaftlichen Machtordnung führt.[90])

---

[90]) Es geht mit den Rechten wie mit den Kleidern. Jede Zeit, jedes Land hat andere Gesetze wie andere Kleider. Im

Das ist der beste Staatsmann, der im Frieden mit mächtiger, sicherer Hand das für das Gemeinwohl Nützliche im Gesetzwege erzielt, was sonst nur im Wege der revolutionären Gewalt erreicht werden würde.

Ein langer Stillstand der Gesetzgebung führt im allgemeinen *in das Stadium der Versumpfung. Neue, dem Volksgeiste und der Zeit entsprechende Gesetze bedeuten grosse Regierungen.* Ein dicker Band der Reichs- und Landesgesetzblätter des einzelnen Jahres ist im allgemeinen ein gutes Zeichen für die Gesetzgebung des Landes. Der *Standpunkt der Unveränderlichkeit* der Gesetze, wie ihn *Lykurg* der spartanischen Verfassung zugrunde legte, ist ein verfehlter.

Jede Zeit fordert ihre Gesetze und ihr Recht. Was *Horaz* in seinen Episteln sagt: *Vir bonus est quis? Qui consulta patrum, qui leges juraque servat*, gilt gewiss nicht für den Gesetzgeber.

Jede Zeit hat eben wie jedes Land ihre Bedürfnisse und die Gesetzgebung muss dieselben zu befriedigen suchen.[91]) Es ist der Mühe aller Edlen wert, die die Gegenwart und ihre Bedürfnisse kennen, das volksfreundliche Streben der Regierungen durch ihre Ratschläge zu fördern. *Es ist auch Aufgabe der Wissen-*

Sommer und in den tropischen Gegenden trägt niemand Winterkleider, im Winter und in den Polargegenden trägt niemand Sommerkleider.

schaft, die gesetzgebenden Kreise in ihrem Streben nach Verbesserung des Rechtes zu unterstützen, die etwaigen Schäden der geltenden Gesetze klarzulegen. Die Kritik der Gesetze nach ihrer Notwendigkeit und Nützlichkeit ist die Grundlage gedeihlicher Rechtsentwicklung.[91]) Die Rechtskritik ist ebenso wichtig als die Rechtsgeschichte, sie ist das Gegenstück zur letzteren. Die Rechtskritik verhält sich zur Rechtsgeschichte wie die Zukunft zur Vergangenheit. Die Rechtskritik enthält, was sein soll, beziehungsweise sein wird, die Rechtsgeschichte, was gewesen ist. — Nicht immer war es der Wissenschaft gegönnt, ihre Anschauungen de lege lata et de lege ferenda voll und rücksichtslos kundzugeben. Dies ist eine wertvolle Errungenschaft der neueren Zeit, in der der Satz Geltung erlangte: Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.[92]) Das Recht de lege ferenda zu beurteilen, ist Sache der Rechtswissenschaft, und zwar der den Weg ruhiger Gesetzgebung im Auge habenden, aber bisher noch wenig entwickelten Rechtskritik.[93])

---

[91]) Heilinger in Piskos Gerichtshalle. 1888, Nr. 26. Zur Reform der Intestaterbrechts-Ordnung.

[92]) Vgl. das österr. Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, Art. 17.

[93]) Mit der Rechtskritik, das ist der Kritik der Rechtssätze, nahe verwandt ist die Kritik der Rechtsbegriffe, der Bausteine des Rechtes. Eine Wissenschaft ohne Streben nach klaren Begriffen ist gleichbedeutend mit einer Wissenschaft ohne Logik. Daher die Notwendigkeit der Kritik der

Die Voraussetzung aller Rechtskritik ist die Kenntnis des geltenden Rechtes in seiner Anwendung. — Es ist daher gewiss auch notwendig, dass die Juristen auf den Universitäten nicht bloss, wie manche glauben, denken lernen, nicht bloss vorbereitet werden für das Leben, nicht bloss einen richtigen Blick für das Leben gewinnen. Die Universitäten sind eben nicht Gymnasien. Der junge Jurist soll vor allem das geltende Recht in seiner Anwendung kennen lernen. Auch beim Mediziner genügt es nicht, auf der Hochschule bloss denken zu lernen, sondern es ist notwendig und man verlangt von ihm, dass er die Heilkunde in ihrer Anwendung kenne. Wer würde hier in Ansehung der medizinischen Wissenschaft das Gegenteil, ohne lächerlich zu erscheinen, behaupten können? Beide Wissenschaften, die Jurisprudenz wie die Medizin, sind eben praktische Wissenschaften. Beide Wissenschaften sind eben da, um der Menschheit und den Einzelnen zu nützen. Die Jurisprudenz und die Medizin sind so viel wert, als sie nützen.

Gleichwohl ist die Kenntnis der alten Rechte und ihrer allmähligen Aenderung, d. i. ihrer Geschichte, in ihrem Werte hoch zu schätzen. Die Geschichte der Rechtsinstitute des öffentlichen und des Privatrechtes erweitert den Gesichtskreis, zeigt den Gang der Gesetzgebung anderer Zeiten. Sie ist wertvoll für den Juristen

---

Rechtsbegriffe in der gesamten Jurisprudenz, insbesondere in der Rechtsenzyklopädie, mag man diese als Schluss oder Einleitung der Rechtswissenschaften betrachten.

zum Verständnis und als Grundlage der Hälfte der geltenden Gesetze, notwendig aber für den Staatsmann und den Gesetzgeber.

Wenn ein Jurist wohl gründliche Kenntnis der alten Rechte besässe, aber fadenscheinige des geltenden Privat- und öffentlichen Rechtes hätte, wie wenig nützlich könnte er sich der Gesellschaft erweisen. Wie wenig taugt ein solcher als Rechtsfreund oder als politischer Beamter, wie wenig als Referent oder Votant in den Gerichtshof.[94]) Ein solcher Mann sitzt um eben so viele Jahre zu spät dort, wo er sitzt, als es her ist, dass die alten Rechte galten. Würde der Standpunkt der Negligenz des geltenden Rechtes der Vernachlässi-

---

[94]) Hier sei mir gestattet zu bemerken, das ich den Standpunkt des österreichischen Rechtes für vollständig verfehlt halte, wornach von der Hälfte der Urteiler des Verwaltungsgerichtshofes die abgelegte Richteramtsprüfung verlangt wird. Zweckentsprechender und richtiger wäre es, die politisch praktische Prüfung von der Hälfte der Urteiler zu fordern. Das bezügliche österr. Gesetz über den Verwaltungsgerichtshof verfiel in denselben bedauerlichen Fehler der Negligenz des politischen Verwaltungsrechtes, beziehungsweise Verwaltungsdienstes, wie die österreichische Advokatenordnung und die österr. Notariatsordnung, gemäss welcher der für jeden Anwalt so wertvolle, ja notwendige politische Verwaltungsdienst in die zur Erlangung der Advokatur und des Notariates gesetzlich vorgeschriebene sieben-, beziehungsweise vierjährige Praxis nicht eingerechnet wird. Vgl. hierzu den von Heilinger über die politische Praxis und deren gegenwärtige Wertschätzung im Klub der Konzeptsbeamten des Wiener Magistrates gehaltenen Eröffnungsvortrag, ausführlich besprochen insbesondere Gemeindezeitung (Wien), 1887, Nr. 217.

gung der wichtigsten geltenden Gesetze von den Hochschulen angenommen, so könnte es vorkommen, dass der fleissige und verständige Jurist in Unkenntnis über die wichtigsten Gesetze[95]) seiner Zeit und seiner Heimat, wenn er von der Universität in die Praxis tritt, über seinen Studiengang reflektierend ausrufen könnte: „Was ich brauche, habe ich nicht, und was ich habe, brauche ich nicht."

Nun sei es mir gestattet, über den Begriff des öffentlichen[96]) und über den Begriff des Privatrechtes einige Worte vorzubringen.

Der Umstand, dass ein Recht das Wohl aller, das Gemeinwohl im Auge hat oder nicht, macht dasselbe noch nicht zum öffentlichen Rechte.

Oeffentliches Recht ist vielmehr jenes

---

[95]) Vgl. gegen die von mir hier vertretene Anschauung teilweise Savigny in seiner Schrift: Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswisenschaft. S. 146: „Was insbesondere die Vorlesungen über Landrecht betrifft, so glaube ich allerdings, dass diese in der gegenwärtigen Lage besser nicht gehalten werden, indem zum praktischen Bedürfnisse die spätere Einübung hinreicht, eine wissenschaftliche Seite aber dem Gegenstande abzugewinnen aus Mangel an geschichtlichen Quellen schwer sein dürfte." Siehe jedoch Menger in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, II. S. 7.

[96]) Vgl. vorzüglich Unger, System des österr. Privatrechtes. S. 250. Ulbrich, Staatsrecht 1. Sohm, Institutionen. S. 10. Dantscher, Die politischen Rechte der Untertanen. S. 29. Lasson, Staatsphilosophie. S. 250. Löning, Staatsrecht. S. 9. Leuthold in Hirts Annalen 1884. S. 355.

Recht, welches primär die Zwecke der Gesellschaft, der Gesamtheit als solcher im Auge hat.[97]) Ein Recht kann primär die Zwecke der Gesamtheit im Auge haben, also ein öffentliches Recht sein und doch zugleich zum Schaden des Gemeinwohles existieren. Das Recht der öffentlichen Organe als solche, deren konkrete Gewalt ist öffentliches subjektives Recht, denn es ist primär zum Zwecke und zum Schutze des Gemeinwesens da. Doch nicht bloss die Rechte der öffentlichen Organe als solche sind öffentliche Rechte, sondern auch die Rechte von Privatpersonen, wenn sie primär den Zwecken der Gesamtheit, den Zwecken[98])

---

[97]) Heilinger, a. a. O. S. 5, gegen die Definition des römischen Rechtes. § 4. Just. De justitia et jure I. 1. Publicum jus est, quod ad statum rei humanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. „Es kann, ja es soll vielmehr ein Rechtssatz des öffentlichen Rechtes auch ad utilitatem singulorum pertinere und es schliesst den Charakter eines Privatrechtes nicht aus, dass es ad statum rei publicae spectat. Jedes Recht soll vielmehr auf die Gesamtheit des Staatsgefüges wirken, wie dies schon die römischen Worte sagen: Salus publica, suprema lex esto."

[98]) Jede menschliche Satzung, überhaupt alles Recht hat seinen Sinn und Zweck. Dies folgt einfach aus dem Satze vom zureichenden Grunde. Man drückt dies damit aus, dass man lehrt, der Zweck sei der Schöpfer des ganzen Rechtes. Der Zweck aller gesellschaftlichen Macht, allen Rechtes ist Befriedigung der Wünsche der Inhaber derselben, möge dieser noch so schädlich der Gesellschaft sein, noch so sehr

der Gesellschaft dienen. Das Recht der behördlichen Organe tritt in Aktion bei Exequierung auch des Privatrechtes.[99]) Das öffentliche Recht muss sohin in die Dienste des Privatrechtes treten. Ein Privatrecht ohne eventuellem korrespondierenden Eingreifen des öffentlichtes Rechtes im Falle des Angriffes, der Verletzung, ist undenkbar.

Die starre und strenge Scheidung des Privatrechtes von dem öffentlichen Rechte sohin in der Literatur für das moderne Recht festzuhalten und durchzuführen, wie dies heute allgemein geschieht, halte ich nicht für praktisch. Sie gibt nur ein einseitiges, zerrissenes Bild des Rechts-

---

den Lebensbedingungen der Gesellschaft widersprechen, vielleicht dieselben sogar unterbinden. Die Befriedigung des Willens der leitenden Kreise ist meines Erachtens der wahre Zweck des Rechtes, nicht aber ist Zweck des Rechtes die, wenn auch zwangsweise Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft. Der gegenteiligen Anschauung ist Ihering, Zweck im Recht. Vgl. hierzu noch Schopenhauer, Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde (Ausgabe von Frauenstädt I.).

[99]) Vgl. über den Begriff des Privatrechtes vor Allen Dernburg, Pandekten, I. S. 45, und Preussisches Privatrecht, I. S. 32. Hofmann, Entstehungsgründe der Obligationen. S. 51. Gerber, Deutsches Privatrecht, § 5 und 6; neuestens insbesondere Wendt, Pandekten, S. 14: „Das Wesen der Privatrechtsverhältnisse, deren Ordnung die Aufgabe des Privatrechtes ist, finden wir der Utilitas singulorum, und es sind vorwiegend Privatinteressen, die in ihnen zum Ausdrucke gelangen."

lebens. Je mehr sich in einem Staate das öffentliche Recht, insbesondere das Verwaltungsrecht, entwickelt, je mehr dasselbe in die verschiedensten Gebiete des rechtlichen Lebens eingreift, desto mehr ist dasselbe bei der Darstellung des Privatrechtes in Berücksichtigung zu ziehen. Es wird, meines Erachtens, bald die Zeit kommen, wo das Privatrecht mit vorzüglicher Rücksicht auf das öffentliche Recht wird behandelt werden.

Schliesslich möchte ich die in neuester Zeit aufgeworfene Frage über die Nichtverletzbarkeit von Rechten besprechen. Es wird gelehrt: „Die Kontravention gegen ein Recht kann dieses unmöglich verletzen. Gerade, wenn ihm nicht entsprochen wird, bedarf das subjektive Recht seiner ganzen Kraft, um sich durchzusetzen, und wenn es im Momente der Gefahr Haupt und Glieder einbüsst, so ist es vom Anfange an wert gewesen, zugrunde zu gehen. Ein Recht besteht entweder ganz oder gar nicht. Ein verletztes Recht gibt es nicht. Ein Recht erhält jedermann von der Rechtsquelle, und was diese erteilt, kann das Delikt dem Berechtigten doch nicht entziehen. Es ist möglich, dass das Gut verletzt oder gar vernichtet wird, auf das jemand ein Recht hat, dass die Interessen verletzt werden, die seitens des Rechtes Anerkennung gefunden haben, aber es wäre mehr als widersinnig, es wäre kläglich, jemanden mit einem Rechte zu bekleiden, welches sofort die Segel streichen müsste, wenn die Willkür sich gegen dasselbe erhebt.“ [100])

---

[100]) Binding, Normen. I. S. 32 ff.

Gegen diese Ausführungen möchte ich bemerken: Die Kontravention gegen subjektive Rechte kann diese wohl verletzen und sogar vernichten. Der Umstand, dass und ob ein Recht, welches, um die gleiche Ausdrucksweise zu gebrauchen, im Momente der Gefahr Haupt und Glieder einbüsst, von Anfang an wert war, zugrunde zu gehen oder nicht, ist Ansichtssache, zugleich aber juristisch bedeutungslos. Es handelt sich ja nicht um den Wert oder Nichtwert eines Rechtes, sondern um dessen Verletzbarkeit. Was die Rechtsquelle erteilt, kann das Delikt dem Berechtigten wohl entziehen.

Dies kann durch Verletzung oder Vernichtung des Rechtsobjektes geschehen. Ich speziell sehe absolut nichts Widersinniges, noch weniger aber etwas Klägliches, wohl aber etwas Naturgemässes darin, wenn jemand ein Recht hat, welches sofort die Segel streichen muss, wenn die Willkür sich dagegen erhebt. Die herrschende Lehre täuscht sich über die Sachlage hinweg, indem sie sich die Frage stellt: Geht nicht das Eigentumsrecht an einer Sache verloren, wenn ich sie dem Eigentümer vernichte?, und sich diese Frage folgendermassen beantwortet: „Ist es denn in diesem Falle die Kontravention, die das Eigentumsrecht erlöschen macht? Keineswegs! Es ist allein der Untergang der Sache, und ob dieser kasuell oder dolos bewirkt worden, erscheint als durchaus gleichgültig. Und gerade aus der dolosen Sachbeschädigung entspringt dem Eigentümer der Schadenersatzanspruch als gleichwertiger Stellvertreter des Eigentumsrechtes. Es tritt innerhalb des Vermögens eine Metamorphose des Vermögensobjektes, aber

nicht eine Vernichtung von Vermögensrechten ein.“ [101]) Hierzu bemerke ich: Es ist richtig, dass der Untergang der Sache das Recht aufhören macht, allein ebenso richtig ist es auch, dass die bezügliche Kontravention die Causa des Untergangs der Sache ist. Demgemäss, nachdem die Kontravention die Causa des Unterganges der Sache ist, und der Untergang der Sache die Causa des Erlöschens des Eigentums ist, so ist die Kontravention die, wenn auch entfernte, Causa des Erlöschens des Eigentums. Causa causae est etiam causa causati.

Wohl kann es eine kasuelle Verletzung des Rechtes geben, doch auch eine dolose des Eigentumsrechtes. Gerade der Umstand, dass aus der dolosen Vernichtung einer Sache dem Eigentümer der Schadenersatzanspruch als gleichwertiger Stellvertreter des Eigentumsrechtes entspringt, zeigt zur Genüge, dass eine Vernichtung des Vermögensrechtes eingetreten ist, die wohl nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann, dessen Verlust aber dadurch gemildert werden soll, dass an dessen Stelle, an Stelle des Eigentumsrechtes an einer Sache ein neues Recht, ein Forderungsrecht, nämlich der Schadenersatzanspruch entstanden ist. Das Vermögen wurde aber im konkreten Falle durch Verlust des Eigentumsrechtes gemindert, anderseits aber durch Akquirierung eines neuen Rechtes vermehrt. Zweifellos aber hat eine Vermögensrechtsver-

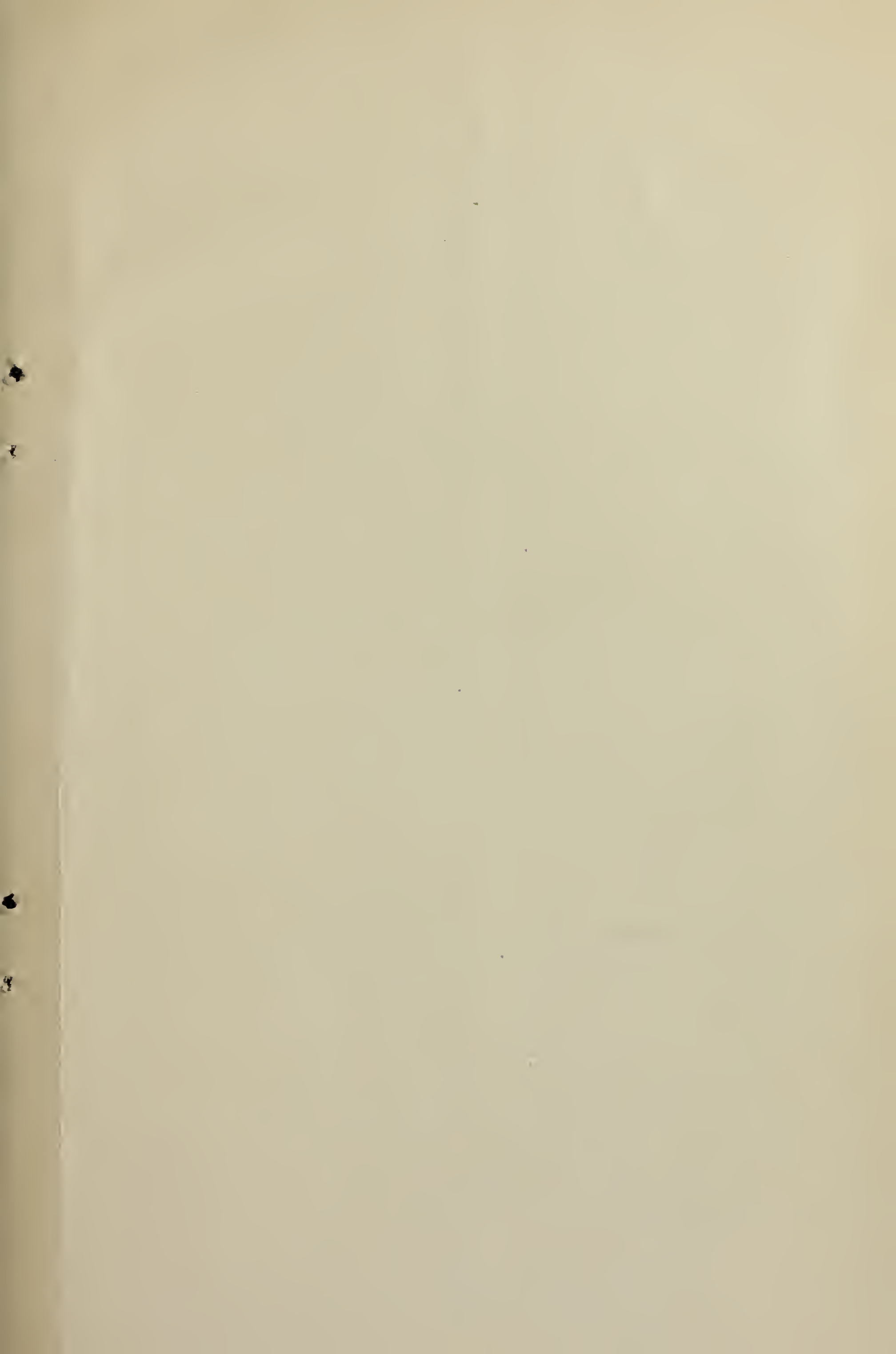
---

[101]) Binding, Normen. I. § 30.

nichtung, beziehungsweise Verletzung stattgefunden. Meine ökonomische Macht, meine ökonomische Lage kann vielleicht gleich geblieben sein, allein ein Vermögensrecht ging doch unter und ein neues entstand.

Der von mir hier bekämpften Theorie der Unverletzbarkeit der Rechte liegt eben eine Verwechslung von Vermögensrecht und ökonomischer Lage zugrunde.

Buchdruckerei Karl Brakl, Wien VII, Halbgasse 9.





J. Schweinberger, Wien XVI, Habsburgplatz 9